374
J 19

KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK
0245 1661

Digitized by Google

~~XIV a 854~~

Digitized by Google

Digitized by Google

374
J 19

Vorträge

über

merkwürdige Erscheinungen

in der

Hamburgischen Rechtsgeschichte.

Gehalten

in der juristischen Section des geschichtlichen Vereins

in

Hamburg

von

C. Trummer Dr.

Dritter Band.

Koninklijke Bibliotheek 's Hage.

Hamburg,

bei Johann August Meißner.

1850.

Digitized by Google

Inhalt des dritten Bandes.

I. Das Hamburgiſche Recht des Fiscus auf erbloſe Erbſchaft .. pag. 1

II. Geſchichtliche und praktiſche Bemerkungen über das Hamburgiſche Recht von Spielen und Wetten ..... » 16

III. Rechtsgeſchichtliche Betrachtungen über das Hamburgiſche Servituten-Recht ..... » 32

IV. Das Altgermaniſche Perſonenrecht ..... » 73

V. Noch einiges über vorſate. Ein Schreiben an Herrn Profeſſor Falck ..... » 388

VI. Nachträgliche Bemerkungen zu dem Vortrage über das Servituten-Recht ..... » 393

Druck von Johann Auguſt Meißner.

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Das Hamburgiſche Recht des Fiscus

auf

erbloſe Erbſchaft.

Inhalt.

Einleitung.
Römiſches Recht § 1.
Topiſches Recht § 2.
Aelteres Recht § 3—5.
Folgerungen für das heutige Recht § 6.
Zweifel § 7.

Digitized by Google

Das Hamburgische Recht des Fiscus auf erblose Erbschaft.

Vortrag, gehalten in der juristischen Section des Hamburgischen historischen Vereins von ihrem Dirigenten, am 16. Novbr. 1847.

Einleitung.

Eichhorn liefert in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 13, 3, 339 ff. eine ungemein scharfsinnige Abhandlung, worin er dem Ursprung der Bestimmungen des Lübischen Rechts über die der Stadt zustehende Befugniß nachforscht, erblose Güter einzuziehen. Demzufolge war für diese Materie auch in Lübeck das älteste Recht das Deutsche Recht (vgl. Sachsenssp. 1, 28. Schwabenssp. 30), wonach erbloses Gut nach Jahr und Tag dem vom Reich belehnten Richter zufiel, also zu der Zeit, als Heinrich der Löwe der Stadt Lübeck Privilegien ertheilte (nach 1158), dem Herzog Heinrich selbst. Dieser wird in den Privilegien, uns im Detail unbekannte, Bestimmungen darüber getroffen haben, welchen Antheil an den Gerichtsgefällen der Vogt als stellvertretender Richter, und welchen die Stadt habe. Zu diesen Gerichtsgefällen wurde auch erbloses Gut gerechnet, und es ist zu vermuthen, daß Vogt und Rath es unter sich zur Hälfte theilen sollten. Als Heinrich durch die Acht des Herzogthums Sachsen entsetzt wurde, und Kaiser Friedrich I von Hohenstaufen 1188 der Stadt ihre Freiheiten anerkannte und bestätigte, änderte er sie in Hinsicht auf erbloses Gut ab, wahrscheinlich veranlaßt durch die ihm von Bologneser Juristen über das Römische Recht ertheilte Belehrung und den Grundsatz dieses Rechts, wonach der kaiserliche Fiscus erbloses Gut ganz ansprechen konnte. Er traf nämlich wahrscheinlich die Bestimmung, daß erbloses Gut dem königlichen Fiscus als Regal auszuliefern sei. Aus diesen

Digitized by Google

Privilegien floß in die beiden älteſten Handſchriften des älteſten Lübiſchen Stadtrechts (von 1226 und 1255) die Vorſchrift, daß erbloſes Gut, wie die eine lieſt, fisco regio cedat, oder, wie die andere hat, potestati regiae cedat. Da aber die Rechtsanſicht, daß bona vacantia ein Regal ſind, dem Deutſchen Recht unbekannt war, und es im dreizehnten Jahrhundert erbloſes Gut lediglich unter dem Geſichtspunkte von Gerichtsnutzungen betrachtete, ſo wurde jene Vorſchrift ſo verſtanden, daß nur die Hälfte, die früher Heinrich der Löwe dem Vogt vorbehalten hatte, dem kaiſerlichen Fiscus ausgeantwortet werden, aber das Recht der Stadt an der andern Hälfte ebenſo, wie alle andern Rechte der Stadt überhaupt, dieſer unverkümmert verbleiben ſolle. Daraus erklärt ſich auch der Zuſatz, daß der Bürger, in deſſen Hauſe der erblos Verſtorbene gewohnt hatte, deſſen Güter, bis ſich ein Erbe meldet, oder Jahr und Tag verfloſſen ſind, und zwar nur dann aufbewahren ſoll, wenn er für die ſichere Aufbewahrung Bürgen ſtellen kann. Vermag er dies nicht, ſo nimmt der Rath die Güter in Verwahrung [1]). Es iſt zu vermuthen, daß dieſer Zuſatz durch eine Verordnung oder Willkühr des Raths veranlaßt worden iſt.

---

1) Pauli Abh. aus dem Lübiſchen Rechte 3, 154 ff. betrachtet die beiden Beſtimmungen, nach deren einer der Rath das erbloſe Gut verwahren, nach der andern aber daſſelbe in der Wohnung des Verſtorbenen verbleiben ſoll, als für zwei Fälle gegeben, je nachdem der Verſtorbene ein Fremder oder Bürger war. Allein Eichhorn's Auffaſſung dürfte den Vorzug verdienen, wonach der Rath allemal das Gut in Verwahrung nimmt, wenn der Bürger, in deſſen Hauſe der Erblaſſer verſtarb, keine Bürgſchaft leiſten kann. Denn in dem Privilegium des Kaiſers Friedrich I heißt es nicht, wenn ein Gaſt, ſondern si quispiam mortuus ibi fuerit. Ebenſo in der alten Handſchrift des Lübiſchen Rechts si aliquis decedit. Cod. Hach. I, 19. vergl. mit II, 26. II, 40. III, 132. Auch ſieht man nicht, wie der Rath veranlaßt geweſen ſein kann, hier, wo es ihm darauf zunächſt ankam, daß die Stadt ihr altes Recht an dem erbloſen Gut überhaupt nicht blos behauptete, ſondern thunlichſt erweiterte, zwiſchen Bürger und Fremden einen Unterſchied zu machen, der ebenſo ſehr der fraglichen Abſicht des Raths als der kaiſerlichen Anſicht zuwider war. Endlich dürfte vielleicht auch eine Analogie mit der Schweſterſtadt Hamburg ein Argument gegen Pauli's Diſtinction abgeben, vgl. § 6.

Digitized by Google

In denjenigen Handschriften des ältesten Lübischen Rechts, welche einen offiziellen Charakter tragen, wird erbloses Gut ausdrücklich zwischen der Stadt und dem kaiserlichen Fiscus getheilt. Am Ende des vierzehnten Jahrhunderts zog dann die Stadt, oder de rad, wie der Dreyersche Codex sagt, das erbloſe Gut ganz an sich. Dies geschah also zu einer Zeit, wo Lübeck so wenig als irgend eine Reichsstadt Landeshoheit hatte, also auch keine andere, als ausdrücklich ihr zugesprochene Regalien ausüben konnte. Das Recht des Raths an erblosem Gute war also nicht als Regal [2]), sondern theils als Folge der veränderten Stellung des Vogts zu betrachten, dessen Gerichtsbarkeit allmälig auf die Stadt überging, und der vielleicht schon am Ende des vierzehnten Jahrhunderts aus dem Gerichte verschwand, theils als Folge der 1349 unter Carl 4. zu einer festen Summe bestimmten Reichssteuer der Stadt, welche voraussetzt, daß die einzelnen Gerichtsnutzungen, welche bisher der kaiserliche Fiscus bezogen hatte, somit auch das erbloſe Gut, der Stadt verfielen. Daher finden wir 1350 den Fall [3]), daß der Stadt ein Grundstück als erbloses Gut ganz verfiel, und sie darüber auch ohne Weiteres ganz verfügte.

Nach diesen geschichtlichen Ermittelungen scheint es nicht unangemessen, sich nach Hamburg zu wenden, und hier folgende bisher unbeachtet gebliebene Frage zu erörtern:

Was für ein Recht ist dasjenige, mit welchem der hiesige Fiscus erbloses Gut in Anspruch nimmt?

§ 1.

Römisches Recht.

Würde die Sache lediglich nach Römischem Rechte zu entscheiden sein, so reducirte sich unsere Untersuchung auf eine berühmte Controverse. In der Doctrin des Römischen Rechts scheint es nämlich zwar in älteren Zeiten gar nicht streitig gewesen zu sein, daß der Fiscus in die bona vacantia (d. h. si nullum ex qualibet

2) Pauli a. a. O. 3, 153. 155 bezeichnet den Anspruch der Stadt auf das erbloſe Gut als ein Regal, wiewohl er denselben S. 155 als Ausfluß der richterlichen Gewalt des Landesherrn anerkennt.

3) Pauli S. 155.

Digitized by Google

sanguinis linea vel iuris titulo legitimum reliquerit intestatus haeredem l. 4 C. de bonis vacant. [10, 10]) vermöge des Rechts ſuccedire, herrnloſe Sachen zu occupiren. Nur einzeln war von Cujacius Comment. ad l. 4 C. cit., von Majer in ſ. Abh. von der Succeſſion des Fiscus, Ulm 1784. 8. die Anſicht in Schutz genommen worden, daß der Fiscus in eine ſolche Erbſchaft nach der Analogie der Erbfolge ab intestato eintritt, oder, wie von Vangerow[1]) es ausdrückt: Der Fiscus zieht nach Römiſchem Recht ſich zu den bona vacantia nicht Kraft Hoheitrechtes als privilegirter Occupant und Singular-Succeſſor, ſondern er tritt als Univerſal-Succeſſor in dieſe bona vacantia ein. Allein in neueſter Zeit iſt erſt eine förmliche Controverſe aus dieſen beiden Meinungen entſtanden, ſeit Adolph Dietrich Weber in ſ. nach ſeinem Tode von ſeinem Sohne 1821 herausgegebenen Erläuterungen der Pandekten, und Glück in ſ. Erörterung der Lehre von der Inteſtaterbfolge, zweite Aufl. Erlangen 1822 S. 766 die Anſicht von Cujacius in Schutz nahmen, dagegen Blume, Elvers, Schweppe, Mejer, von Wening und Valett ſich für die ältere Auffaſſung erklärten. Mir ſcheint aus den von von Vangerow entwickelten Gründen Cujacius beigepflichtet werden zu müſſen. Iſt nun aber der Fiscus wirklicher Univerſal-Succeſſor, ſo erledigt ſich damit eine fernere bekannte Streitfrage dahin, daß nur der Fiscus domicilii in die ganze vacante Erbſchaft eintritt, und daß alſo der Fiscus rei sitae auf die einzelnen Sachen, die ſich in ſeinem Territorium vorfinden, keinen Anſpruch hat[2]), wiewohl es bemerkt werden muß, daß die Praxis in Betreff von Immobilien keineswegs dieſe richtige Meinung anerkennt.

§ 2.

Topiſches Recht.

Nun entſteht für uns das Bedenken, ob in dieſer Materie das Römiſche Recht zur Anwendung kommt? Klefeker iſt ſich über das Recht des Fiscus in Hinſicht auf die erbloſen Erb-

1) S. denſelben über die neuere Literatur, Pandekten Bd. 2 Aufl. 3 S. 593 ff.

2) Von Vangerow S. 599.

Digitized by Google

schaften nicht klar. Er sagt 4, 446, der endliche Zutritt des Fiscus bei Erbschaften sei eigentlich keine Erbfolge, und doch wurde, als Klefeker schrieb (1767), erst einzeln daran gezweifelt, und wenigstens war es gezeigtermaaßen (§ 1) noch keine so entschiedene Controverse wie seit 1821, ob nach Römischem Recht das Recht des Fiscus auf erbloses Gut ein wahres Erbrecht sei. Dagegen äussert er sich S. 544 dahin: Die Deutschen Gesetze müßten nach den Römischen erklärt werden, welche dem kaiserlichen Fiscus, mithin nach jetziger Regierungsform, den Kammern eines jeden Staats und Standes zuletzt die Erbfolge beilegten. Dort bezieht Klefeker sich auf das Konradinische Kaiserrecht 2, 95, Sächsisches Landr. 1, 28[1]) und Lübisches Statut 2, 2, 14. Endlich bemerkt er S. 569 ff. unter Berufung auf eine Dissertation von Schulte, die ich mir nicht habe verschaffen können: Der Fiscus genieße bei dem Antritte einer Erbschaft nur iura privatorum, und das Römische Recht, dem auch die Städte Lübeck und Hamburg hier folgten, lege dem Fiscus namentlich die Verbindlichkeit auf, die Legate, Fideicommisse und Schulden zu bezahlen, jedoch werde in diesen Städten angenommen, er könne damit nicht über die Kräfte der Erbschaft hinaus beläſtigt werden. Er könne aber den Besitz erbloser Güter nicht anders ergreifen, als mittelst vorhergegangener Untersuchung, ob wirklich keine Erben vorhanden sind, weshalb Versiegelung, Inventur und Edictal-Citation erforderlich sei.

Diese Erörterung Klefeker's läßt es bezweifeln, ob Römisches Recht hier angenommen werden kann. Wenn der Fiscus auch ohne Beneficial-Antritt nicht weiter haftet, als die erbloſen Güter reichen, so kann sein Anspruch auf den reinen Ueberschuß dieser Güter nicht Römisches Recht zur Grundlage haben.

Dazu kommt denn noch, so viel mir bekannt ist, der Umstand, daß in unserer Praxis der Fiscus bei hierselbst ohne Erben Verstorbenen deren ausserhalb unseres Staats befindliche Güter vielleicht wohl in Anspruch genommen, aber solche Ansprüche im Fall eines auswärts eingetretenen entschiedenen Widerstandes nicht weiter verfolgt hat.

---

1) Es ist diese Zusammenstellung in der That unbegreiflich.

Digitized by Google

Solche Umstände rechtfertigen die Vermuthung, daß doch wohl eigentlich die meiner Ansicht nach richtigen Ansichten der Juristen vom Römischen Recht bei uns niemals die Grundlage unserer Materie abgegeben haben dürften.

§ 3.

Aelteres Recht.

Die eben geäusserte Vermuthung wird durch ein weiteres Eingehen in unsere ältere Rechtsgeschichte gerechtfertigt. Zwar sind wir es bereits gewohnt, mit der Analogie in Hinsicht auf die Lübecker Rechtszustände und vollends auf diejenigen des übrigen Deutschen Vaterlandes [1]) sparsamer und vorsichtiger zu verfahren, als es bisher zu geschehen pflegte. Allein es ist gewiß nichts im Wege, auch bei uns davon auszugehen, daß das Recht auf erbloses Gut als eine Gerichtsnutzung, als ein Recht, das, in der Art wie die Wetten, dem Gericht zugestanden habe, auch bei uns betrachtet worden sei. Wir müssen dabei erwägen, daß es ungeachtet der Stellung des gräflichen Vogts, als ursprünglichen Vorsitzers im Volksgerichte, bei uns ausser Zweifel ist [2]), daß, so weit unsere Nachrichten reichen, dieser gräfliche Vogt vom Anfange seiner Einsetzung bei uns an, die vielleicht erst gegen das Ende des zwölften Jahrhunderts bei der Kreuzfahrt des Grafen Adolf III geschah, äusserst geringe Rechte gehabt hat, und daß Rath und Bürger durch dieselben bei uns viel weniger beschränkt gewesen sind, als in andern Städten. In der Ordel-Sammlung von 1270 wird er vom Rath so vielfach controllirt, sein Antheil an den Gerichtseinkünften ist so sehr viel geringer, als anderswo, seine Thätigkeit, wo sie entweder allein oder mit dem Rath zusammen erwähnt wird, weit mehr im Interesse der Stadt als seines gräflichen Constituenten, so daß es gar nicht

---

1) Uebrigens giebt, was sich über das Recht des Staats an dem Vermögen der Hagastalten, d. h. der unverheiratheten einzelnen Menschen, in den von Grimm D. R. S. 484. 485 angemerkten Altdeutschen Quellen findet, über die Beschaffenheit dieses Rechts keinen Aufschluß.

2) Vgl. Lappenberg im Programm zum Verfassungs-Jubiläum S. 13, in der Vorr. zu den Hamb. R. A. S. XX ff., meine Vorträge 2, 1, 89.

Digitized by Google

wahrscheinlich ist, es sollten die Kaiser bei uns jemals oder gar mit Erfolg die Ansicht der Bologneser Juristen von dem Recht des kaiserlichen oder königlichen Fiscus auf die bona vacantia geltend gemacht haben, da sich die Stadt bereits viel früher in dem Besitz des Rechts, wenigstens dessen größerem Theile nach befand, und der Vogt, dessen Gewalt schon frühzeitig bei uns auf die Erhebung des gräflichen Antheils an den Gerichtseinkünften herabgesunken war, schwerlich bei uns dem Rath hinderlich sein konnte, auch sein Recht auf das erblose Gut in demselben größeren Maaßstabe geltend zu machen. Die unmittelbare Einmischung des Kaisers in die Vertheilung solcher Einkünfte, welche nun einmal den Gerichten zugewiesen waren, konnte bei uns schon darum viel weniger Statt finden, und als vollends 1392 Graf Nicolaus von Holstein und Herzog Gerhard von Schleswig mit dem Hammerbrook auch ihren Antheil an den Gerichten und an der Vogtei für 2400 Pfund an die Stadt Hamburg verpfändeten, so war um so weniger Grund vorhanden, irgend einen speciellen Theil der Gerichtseinkünfte ihr abzustreiten.

§ 4.

Fortsetzung.

Hier ist es denn allerdings sehr bemerkenswerth, daß in keinem unserer Stadtrechte von dem erblosen Gut die Rede ist [1]). Es muß dies um so mehr auffallen, da andere Städte [2]),

1) Zwar sagt Lappenberg Vorr. zu den R. A. S. XLI, das Recht des Cod. Lub. Hach I, 19, wonach der Nachlaß eines Verstorbenen Jahr und Tag für den Erben aufbewahrt werden solle, ehe die königliche Gewalt sich desselben anmaaße, habe zu Hamburg bestanden. Allein er beruft sich deshalb nur auf unser Stadtrecht von 1292 E, 19 und C, 23. Von diesen beiden Stellen handelt aber die erste lediglich vom Abzugszehnten, wie wir sogleich sehen werden, und die andere Stelle ist ein ersichtlicher Druckfehler für den ebenfalls nichts weiter betreffenden Artikel E, 23.

2) Auch Goslar. Ich möchte hier eine Berichtigung Göschens S. 172 ff. einschalten. Er findet mit Unrecht einen Widerspruch zwischen dem Goslarschen Statut p. 9, 1 — 5 und dem, den Goslarschen Bürgern vom Kaiser Friedrich 2. 1219 ertheilten Privilegium p. 114, 31 ff. Erbloses Gut fällt nach Statut und Privilegium dem Vogt zu, nur mit dem Unterschiede, nach dem Privilegium soll dasselbe Jahr und Tag in den Händen eines

Digitized by Google

namentlich aber Lübeck des Gegenstandes in ihren Statuten umständlich gedenken. Man fragt gewiß mit Recht nach der Ursache dieses Stillschweigens, und kann sich die Frage wohl nicht anders beantworten, als dahin, daß der Rath und die Wittigsten es nicht rathsam und angemessen gefunden haben müssen, des Gegenstandes namentlich zu gedenken. Die geringe Kenntniß des Römischen Rechts konnte sie nicht abschrecken; das Ungewitter, welches von dieser Seite dem bisher als Ausfluß der Gerichtsgewalt ausgeübten Recht auf erbloses Gut drohte, sahen sie wohl nicht, und wenigstens schien es klüger, zu temporisiren, und es hier bei den Bestimmungen zu belassen, welche hinsichtlich der Antheile an den gerichtlichen Einkünften im Sinne des Sächsischen allgemeinen Landrechts das Statut von 1270 XII, 6 getroffen hatte.

Wenn aber einerseits in keinem unserer Stadtrechte eine Spur von erblosem Gute vorkommt, des Rechts daran vielmehr zuerst 1647 in einer weiterhin (§ 5) zu erwähnenden Instruction des Raths an den von ihm delegirten Zehntenherrn vorkommt; so ist es andrerseits vielleicht grade um so merkwürdiger, daß unser Statut grade das erste in Deutschland ist, welches des Abzugszehnten gedenkt [3]). In dem Statut von 1292 sind zwei Artikel, von denen der erste E, 19 hierhergehört. Er ist ein integrirender Theil des ursprünglichen Statuts von jenem Jahre, ist indessen durchgestrichen [4]), vermuthlich weil er durch den von anderer Hand hinzugeschriebenen E, 23 im Verlauf der Zeit überflüssig geworden war, weshalb denn auch das Statut von 1497 J, 28 den letzteren Artikel, nicht aber den früheren beibehalten hat. Der Zehnte bei Erbschaften wird ausserdem zuerst in dem Recesse von 1483 Art. 13 angeordnet, wo es aber, und wörtlich ebenso in dem Recesse von 1529 Art. 26 [5])

Bürgers verbleiben, während nach dem Statut sich dessen der Vogt sofort unterwindet, vnde halt dar iar vnde dach. Der Zusammenhang im Privilegium übrigens ergiebt, daß der Vogt dies Recht als Vorsitzer im Gericht hat.

3) Vgl. Lappenberg im Programm S. 50 Anm. 18. In Gent kommt dieser Zehnte zuerst 1286 vor.

4) Vgl. Lappenberg R. A. S. 121.

5) Vgl. Bartels Supplementband S. 18 und 60.

Digitized by Google

nur heißt: Was als Erbſchaft aus der Stadt geholt wird, davon ſoll man den zehnten Pfenning nehmen. Im Receſſe von 1603 Art. 13 geſchieht zuerſt des Zehnten-Knechts Erwähnung, dem eine gewiſſe jährliche Beſoldung verordnet wird, wie dies im Niedergerichtlichen Schragen mitbegriffen werden ſoll.

§ 5.

Fortſetzung.

Die erſte ſpecielle und einigermaaßen offizielle Beſtimmung wegen des zehnten Pfennings und des Bedienten iſt vom Jahre 1647. Wir erfahren von Blank 1763 in deſſen[1]) Mandaten-Sammlung 1, 66 ff. bei Gelegenheit, da er die ſogenannte Verordnung mittheilt, daß ſie nur eine Inſtruction des Raths an den von ihm delegirten Zehntenherrn iſt, die aber durch das Herkommen nach und nach Geſetzeskraft erlangte. Hier heißt es denn nun hinſichtlich erbloſen Gutes § 7:

> Da' in Jahr und Tag, von Zeit der erlangten Wiſſenſchaft, keine Erben ſich allhier angeben, und gebührlich mit einzeichnen laſſen werden, ſoll ſothaner Nachlaß an das gemeine Gut verfallen ſein,

nachdem § 2 beſtimmt worden, daß

> alle Erbſchaften, dazu ſich keine eheliche Leibeserben befinden, und auf Fremde verfallen, durch den Zehnpfennings-knecht verſiegelt, und durch den Gerichtſchreiber inventirt werden ſollen.

Dies iſt ſomit bei uns die erſte Spur einer offiziellen Erwähnung des Rechts des Fiscus auf erbloſe Erbſchaften.

Hierauf wurde in einem Senats-Concluſum vom 8. Juni 1763 beſtimmt, daß, wenn in ſechs Monaten ſich kein Erbe einfindet, oder es zweifelhaft iſt, ob die angegebenen die wahren und einzigen ſind, das Zehntenamt die Erbſchaft mittlerweile verwalten, und der Procurator Fisci das Kammer-Intereſſe wahrnehmen ſoll (Mandaten-Samml. 5, 2390; vgl. Klefeker 2, 429).

Erſt nachdem dieſe gelegentlichen Vorſchriften ſich Eingang verſchafft hatten, wurde in der ſogenannten revidirten durch

---

1) Die freilich Klefeker 2, 425 auch als ſeine Arbeit vindicirt.

Digitized by Google

Rath- und Bürgerschluß beliebten Zehnpfennings-Ordnung vom 19. December 1771 § 3 a. E. bestimmt ausgesprochen [2]), daß die ganze Berichtigung der Erbschaft auch dann dem Zehntenamte zukomme, wenn der Erbe oder die Erben unbekannt sind. Im Art. 8 werden über die Erlassung eines Proclams Verfügungen getroffen, und dann lautet der Schluß dahin:

> Geben sich nun auf vorhergegangene Proclamata keine Erben mit gehöriger Legitimation an, so soll dergleichen Nachlaß dem gemeinen Stadtgute anheimfallen.

§ 6.

Folgerungen für das heutige Recht.

Aus diesem urkundlichen Verlaufe der Sache geht mit großer Gewißheit hervor, daß auch noch jetzt das Recht des Fiscus auf erbloses Gut aus dem ursprünglichen Recht der königlichen Gewalt, so weit der Richter und das Volksgericht diese hatten [1]), herzuleiten, und nicht etwa erst durch das Römische Recht und dessen Ansicht von den Regalien des Kaisers auf uns gelangt, daß somit also auch das fragliche Recht unseres Fiscus nicht aus dem Römischen zu erläutern ist, oder von dessen Controversen berührt wird. Es läßt sich gewiß annehmen, daß in der Instruction von 1647 der Rath nicht wird von Demjenigen abgewichen sein, was bisher bei uns üblich gewesen ist. Dies bestätigt sich namentlich durch die Beibehaltung der Frist von Jahr und Tag, die man erst 1763 auf sechs Monate zu beschränken gewagt hat. Wir haben in der Einleitung gesehen, daß die Aufbewahrung des erblosen Gutes während Jahr und Tag in Uebereinstimmung mit dem Sachsenspiegel im ältesten Lübischen Recht vorgeschrieben ist; dieselbe Frist ist dafür im Goslarschen Statut (vgl. oben § 4 Anm. 2) angeordnet. Auch unser Statut hat diese Frist in ähnlichen Fällen ausdrücklich anerkannt. Indem ich hier im Allgemeinen mich auf meinen (s. jetzt Vorträge 2, 2, 313 ff.) im Druck befindlichen Excurs über den Einfluß des Zeitverlaufs auf Rechtsverhältnisse nach Alt-Hamburgischem Recht beziehe, hebe ich hier nur das bereits oben (§ 4) erwähnte, auch schon sonst (Vortr.

---

2) Mandaten-Samml. 6, 436 ff.

1) Vgl. meine Vorträge 1, 2, 218 ff.

Digitized by Google

2, 1, 79) von mir näher beſprochene Ordel von 1270 XII, 6 hervor, wo es von dem, Dieben oder Räubern abgejagten Gute ebenfalls heißt:

> Were it ok alſo, dat dar nemende na ne queme, ſo ſchal men it holden iar vnde dach.

Aber noch wichtiger für unſere Frage iſt die Vorſchrift, die zuerſt im Statut von 1497 C, 3 vorkommt:

> So wan eyn man drye claghet vppe gudt, vnde dat wedderpart nycht tho rechte kamet, ſo mach me den clegher wyſen in dat gudt: welck he ſchal holden iar vnde dach, ys ydt vnvorghencklyck; anders mach men ſulck gudt ſellen, vnde holden de pennynghe.
>
> Entreedet de beclaghede vnder der tyt ſyck nycht, ſo ys de clegher negher dat gudt to beholdende, alſe yenych man afthowynnende; ydt en were, dat de beclaghede, buten landes ſynde, des nicht hadde weten, edder dorch nochaftyge nothſake were behyndert [2]).

Man begegnet hier unverkennbar den Grundſätzen, welche wir in der Einleitung bereits im Lübiſchen Rechte grade bei der Materie vom erbloſen Gut gefunden haben, und ſomit wird es noch mehr beſtätigt, daß die Beſtimmungen über die Aufbewahrung des erbloſen Guts nicht nur keineswegs für daſſelbe ſingulär, wiewohl ganz entſchieden Altdeutſches Recht ſind, ſondern daß, wenn ſich unſere Vorſchriften desfalls 1647 noch darauf ſtützen, dieſe nur als Altdeutſches, und nicht als Römiſches Recht behandelt werden können.

§ 7.

Zweifel.

Zwar ſcheint ſelbſt Sydow in ſeinem Erbrecht nach dem Sachſenſpiegel 1828 S. 295 ff. nicht den weſentlichen Unterſchied, der zwiſchen dem Altdeutſchen und dem Römiſchen Recht beſteht, anzuerkennen; denn indem er im Sachſenſpiegel, wenn daſelbſt des Richters (1, 28 und 3, 81, 1) gedacht wird, unter dieſer Bezeichnung allerdings Denjenigen verſteht, der die obere Gerichtsbarkeit im eigenen Namen ſelbſt oder durch Stellvertreter ausübt, alſo regelmäßig den Landesherrn, d. h. Denjenigen, der die

2) Vgl. Vortr. 2, 1, 92.

Digitized by Google

Gräfengewalt als eigenes Recht erworben hat, wodurch also der König und Kaiser ausgeschlossen ist, und indem er somit, wenn es in den Magdeburgischen Mittheilungen an Breslau von 1261 § 41 (bei Gaupp S. 238), ferner in der oben in der Einleitung erwähnten, einer der beiden ältesten Handschriften des ältesten Lübischen Rechts von 1255, und sonst heißt, daß die königliche Gewalt das erblose Gut zu sich nehme, diesen Ausdruck für den Richter nimmt, der unter Blutbann richtet, also die königliche Gewalt repräsentirt [1]): — so bezeichnet Sydow doch das an den erwähnten Stellen des Sachsenspiegels vorkommende Recht dieses Richters als ein gesetzliches Erbrecht. Ebenso nennt Mittermaier in Savigny's Zeitschr. für geschichtl. R. W. 2, 355 den Anspruch des Landesherrn oder Advocatus auf erblosen Nachlaß einen aus dem Schutzverhältniß erklärlichen Erbanspruch. Damit in Uebereinstimmung ist er auch in s. Deutschen Privatrecht Ausg. 4 § 394 geblieben, und selbst Eichhorn in s. Deutschen Privatr. Ausg. 3 § 329 behauptet, das Deutsche Recht habe ursprünglich nur zwei Gründe der Erbfolge gekannt, Blutsverwandtschaft und Schutzrecht, wiewohl er § 339 unbestimmt sich dahin ausläßt, daß nach älterem Recht erbloses Gut an den vom König belehnten Richter, späterhin an den Landesherrn, dem auch bald das ius fisci zu Theil wurde, gefallen sei. Allein man darf wohl Sydow's Auffassung geradezu als ungenau bezeichnen, da, wenn der Sachsenspiegel dem Richter das erbloſe Gut zuspricht, dieses damit im Zweifel nicht anders als wie ein Theil der gerichtlichen Einkünfte angesehen werden kann. Damit würde die Herleitung des Rechts auf erbloses Gut aus dem Schutzverhältniß im graden Widerspruch sein, da die richterliche Gewalt in den Jahrhunderten, von denen hier die Rede ist, von der sonstigen Regierung und Oberherrschaft, bei welcher ein Schutzverhältniß und Mundium angenommen werden kann, durchaus getrennt und fast unabhängig gedacht wurde. Nach der im Sachsenspiegel ausdrücklich anerkannten Auffassung des Rechts auf erbloses Gut als eines richterlichen, können wir somit kein Bedenken tragen, die kaiserlichen

1) So kommt er auch bei uns vor 1292 C, 23. 1497 D, 3; vgl. Vorträge I, 2, 218 ff.

Digitized by Google

Freibriefe für Hamburg vom 7. Mai 1189 und vom 24. December 1190 [2]), welche unsere Vorfahren sich fortwährend haben bestätigen lassen, und wonach namentlich von den Geldstrafen für unrichtiges Maaß ⅓ der Richter, aber ⅔ die Stadt haben soll, auch auf erbloses Gut auszudehnen, und nach Analogie der Bestimmung im Stadtrecht von 1270 XII, 6, welches das ⅓ des Richters in ähnlichen Fällen dem Vogt und Rath zuspricht, von erblosem Gut schon in den frühesten Zeiten unserer Rechtsgeschichte der Stadt ⅔ zu vindiciren, und zwar nicht als ein Erbrecht, sondern als einen Antheil an den gerichtlichen Gefällen.

In dieser Auffassung kann auch der Umstand nichts ändern, daß bei uns schon frühzeitig der Behörde, welche den Abzugszehnten beizutreiben hatte, und in der wir erst im Anfange des siebzehnten Jahrhunderts einen Rathsherrn und einen Knecht mit Bestimmtheit unterscheiden können, die Aufsicht über das erbloſe Gut übertragen worden ist. Denn bei dem Zusammentreffen des städtischen Interesse in den Fällen, wo entweder eine Erbschaft ohne bekannte Erben oder der Zehnten-Abgabe unterworfen war, machte sich diese Combination von selbst, ohne daß damit die Ableitung beider Rechte etwa aus derselben Quelle oder speciell aus dem im Römischen Recht gegründeten Regalrechte anerkannt wäre, oder rechtliche Geltung sonst erlangt hätte.

---

2) Vgl. Lappenb. Urkundenbuch Num. 286. 292. 401. 483. 486. 516. 784.

II.

Geschichtliche und praktische Bemerkungen über das Hamburgische Recht von Spielen und Wetten.

Inhalt.

Allgemeine Vorerinnerung § 1.
Spiel und Wette in unseren ältesten Ordelen § 2.
Das Statut von 1605, die Recesse, die Burspraken § 3.
Neuere Legislation § 4. 5.
Speciell über Wetten im ältesten topischen Recht § 6.
Die jetzt bei uns geltenden Grundsätze über Spiel § 7.
Klagbarkeit einer Spielschuld § 8.
Das Zurückforderungsrecht einer bezahlten Spielschuld § 9.
Zurückforderung eines beim Spiel gemachten Darlehns § 10.
Das jetzt bei uns geltende Recht hinsichtlich der Wetten § 11—13.

Digitized by Google

Geschichtliche und praktische Bemerkungen über das Hamburgische Recht von Spielen und Wetten.

Vortrag in der Sitzung der juristischen Section des geschichtlichen Vereins vom 19. October 1847.

---

§ 1.

Allgemeine Vorerinnerung.

Zunächst haben zwei Abhandlungen unseres gelehrten Landsmannes, des Herrn Professor Wilda, die Lehre vom Spiel und von den Wetten, in der von ihm und Reyscher herausgegebenen Zeitschrift für Deutsches Recht 2, 133 ff. und 8, 200 ff. mir Veranlassung gegeben, das desfalls in unserer topischen Rechtsgeschichte allgemein Interessante zusammenzustellen. Ich darf es bereits als meinen Zuhörern bekannt voraussetzen, daß ich es als eine Hauptaufgabe meiner Vorträge betrachte, speciell unsere lokale Rechtsgeschichte aufzuhellen, weil ich auf diesem Wege eher hoffen kann, geschichtlich und insgemein auch praktisch zuverlässigere Resultate zu erzielen, als wenn aus den verschiedenartigsten, mit fremden Elementen mehr oder weniger stark versetzten Nord- und Süddeutschen Rechtsquellen gemeinschaftliche Grundsätze herzuleiten versucht wird. Dabei werde ich jedoch von dem Kreis meiner Betrachtungen den erst der allerneusten Zeit angehörigen, und bis jetzt in Hamburg noch einen sehr untergeordneten Rang unter den regelmäßigen Börsengeschäften einnehmenden Verkehr mit Staatspapieren, so weit er sich auf das sogenannte Differenzgeschäft und demselben verwandte Transactionen bezieht, ausschließen. Die Materie wird auch ohnehin hinreichend interessante Seiten darbieten. Uebrigens scheint es mir genügend, wegen der allgemeinen Rechtsbegriffe über Spiel und Wette und über deren

Digitized by Google

charakteristische Unterscheidungen auf die Anmerkung in von Vangerow Lehrb. der Pand. 3, 496 ff. zu verweisen. Auch ich betrachte beim Spiel den Zweck der Unterhaltung und des Gewinnes, bei der Wette den der Schlichtung einer Meinungsverschiedenheit mittelst einer Art von Genugthuung als wesentlich, und scheint es mir danach nicht schwer, in den concreten Fällen zu ermitteln, wo die Wette in ein Spiel übergeht, somit die Grundsätze von diesem auf sie angewandt werden müssen.

§ 2.

Spiel und Wette in unseren ältesten Ordeln.

Wir haben in unserem Stadtrecht von 1270 nur drei oder höchstens vier Ordele, in denen des Spiels, wahrscheinlich aber gar keines, in welchem auch selbst nur indirect der Wette gedacht wird. Das Spiel kommt vor III, 16, einem Ordel, welches ich in meinen früheren Vorträgen über Abhandlungen in Reyscher's und Wilda's Zeitschr. § 70 umständlich in Beziehung auf die Altdeutschen Rechte einer Gemeinschaft erörtert habe. In diesem Ordel, das meines Erachtens in unserem Statut und dessen Stammverwandten am ursprünglichsten erhalten ist, und übrigens mit dem Sachsenspiegel I, 12 übereinstimmt, heißt es, wenn Schwestern und Brüder oder Gesellschaften ihr Geld und Gut zusammenhaben, und Einer von ihnen Etwas verthäte mit — unnützer Kost, oder mit Unkeuschheit, ofte vordubbelde, und man ihm das mit guten Leuten beweisen könnte, das soll er allein gelten, es sei denn dat se mede plicht edder plegben hadden. Es findet sich hier also zwar die sittliche Verwerflichkeit des Dabelspiels, das mit nutzlosen Ausgaben und Aufwand für unkeusche Zwecke gleichgestellt wird, entschieden angedeutet, aber nicht die entfernteste Spur eines Verbots oder auch nur einer rechtlichen Beschränkung des Spiels. Wenn des Dabelspiels blos gedacht wird, so scheint mir Wilda's Ansicht Zeitschr. 1, 154, als ob das Wort für Spiel überhaupt genommen sein könnte, zu gewagt. Vielmehr bin ich nach Anderson S. 49 der Meinung, daß man damals vielleicht bei uns kein anderes Spiel gekannt, oder, wenn man annehmen will, es sind die Bremer Spiele (Brem. Stat. von 1303 Stat. 12 bei Oelrichs S. 41. von 1428 IV, 16 das. S. 386. vgl. Wilda 1, 158

Digitized by Google

u. E.) auch bei uns gebräuchlich gewesen, daß das Würfelspiel am häufigsten und allgemeinsten gespielt worden sein mag.

In dem Ordel IX, 18, dessen mit seinen gleichlautenden Parallelstellen ich ebenfalls in den bereits erwähnten früheren Vorträgen § 56 gedacht habe, und welches dem Sachsenspiegel 3, 6, 1 entspricht, wird dem Knecht verboten, seines Herrn Gut binnen oder ausserhalb Landes zu verfechten[1]) oder zu vordobelen, der Herr gebe denn sein Jawort dazu. Merkwürdig ist es, daß unserem Ordel der weitere Fall des Sachsenspiegels 3, 6, 2 von dem Verdobbeln des eigenen Gutes des Knechts (vgl. Cropp Beitr. 2, 2, 243 ff.) fehlt. Ohne dem Grunde dieses Umstandes hier weiter nachzuspüren, genügt es für unseren heutigen Zweck darauf hinzuweisen, daß auch dies Ordel das Dobbelspiel an sich nicht für unerlaubt zu halten scheint, da es mit des Herrn Jawort dem Knecht das Verdobbeln des Gutes desselben sowohl binnen als ausserhalb des Landes gestattet.

Am wichtigsten ist in diesem Betracht das Ordel XII, 6, wegen dessen ich mich ebenfalls im Uebrigen auf meine erwähnten

1) Das Verfechten erhält durch XI, 2, 1 vielleicht seine Erläuterung, über welche Stelle meine Vorträge I, 2, 399 zu vergleichen sind. Wer als geübter Fechter sich sehen ließ, hatte dafür Brüche zu erlegen, vielleicht fanden auch Wetten dabei Statt, und so lief der Knecht Gefahr, Geld dabei einzubüßen. Von dem modernen Begriff, wo fechten betteln heißt, läßt sich hier gewiß keine Anwendung machen, ebenso bedenklich scheint mir die Ansicht eines meiner Zuhörer, als ob das Verfechten nichts weiter als Verfügen, Veräussern bezeichne. Die Glosse zum Sachsenspiegel 1, 39 erklärt Kämpfer für solche Leute, die für Geld fochten, und Falck Schl.-Holst. Privatr. 4, 277 Anm. 33 bemerkt aus einer Dänischen Chronik, daß eine große Bande Klopffechter 1279 ihre Künste in Holstein, auf Fehmarn und Seeland gezeigt habe, zur großen Belustigung des Volks und selbst der Vornehmen. Daß ein Knecht daran Theil genommen, daß, wenn er sich dabei an seines Herrn Gut vergriffen, er dabei Geld ebenso, wie beim Spiel ausgegeben, daß diese Zusammenstellung auf Wetten führt, sind zwar Alles nur Vermuthungsgründe, aber doch nicht so sehr unwahrscheinliche. Es muß das Verfechten nun an sich nicht unerlaubt gewesen sein, weil angenommen wird, es gebe der Herr dazu selbst ausdrücklich Erlaubniß. Deshalb kann das bloße Fechten nicht gemeint gewesen sein, wenigstens galten Kämpfer selbst so gut als Spielleute nach dem Sachsensp. 1, 38, 1 für rechtlos d. h. ehrlos.

Digitized by Google

Vorträge § 3 Anm. 2 beziehen kann. Es wird dort am Schlusse gesagt, daß von duue und roue, das Gäste angehe, von Wedde[2]) und van dobelespele, dat vor Rechten vorklaget werd, das Gericht den dritten Theil haben solle. Es scheint Wilda 2, 148, der diese Vorschrift als eine Beschränkung der Spiele aufführt, so nicht beigestimmt werden zu können. Wenn bei uns dem Richter, der dem bestohlenen Gaste wieder zu dem Seinigen verholfen hatte, der dritte Theil dieses Gestohlenen verblieb (Cropp Beitr. 2, 2, 281): so läßt sich viel eher sagen, man habe die Nichtzahlung einer Spielschuld als einen Diebstahl betrachtet, und wenigstens ist sogar die Klagbarkeit derselben hier ganz unbeschränkt ausgesprochen. Wenn übrigens die Carolina Art. 207 für Diebstahl diese topischen Misbräuche aufhob, so darf es uns nicht Wunder nehmen, daß auch für Spielforderungen die Vorschrift 1605 bei uns weggeblieben ist.

In einem andern Ordel, IX, 21, ist es zweifelhaft, ob dort des Spiels gedacht wird. In meinen erwähnten Vorträgen § 25 habe ich bemerkt, daß dort der Zusatz ofte vorspelet bei nur in einigen Handschriften unseres ältesten Statuts und dann in dem Stader, Lübecker, Bremer und Verdener Statut sich findet. Selbst der Umstand, daß es hier vorspelet und nicht vordobeld heißt, deutet auf einen jüngeren Ursprung dieses Zusatzes gegen das unstreitig in seiner sonstigen Form sehr alte Ordel hin, wiewohl der Zusatz ebenso unzweifelhaft alt sein muß, da er in den verwandten Statuten steht.

Dabei ist es sehr auffallend, daß die Bestimmung des Sachsenspiegels 1, 6, 2, die in andern alten Rechtsquellen

---

2) Bei uns wird noch heutiges Tages dies Wort Wedde in dieser ältesten, von vadium herzuleitenden Form geschrieben, was anderswo schon frühzeitig Wette heißt, unstreitig weil die Dialekte nicht immer so scharf wie bei uns d und t unterscheiden. Wette heißt ursprünglich, wie Grimm Deutsche R. A. S. 601. 657 bemerkt, Pfand, danach Vertrag mit Beziehung auf Pfand, sodann Vertrag allgemein, daraus speciell für Composition, Vertrag über eine Geldbuße für Delict oder sonstige Rechtsverletzung, im Gegensatz von Brüchen, der dem Gericht zu zahlenden Buße. Unser heutiger Gebrauch des Wortes Wette läßt sich somit auf den Gebrauch eines Vertrages, eines Vergleiches, einer Vereinbarung zurückführen.

Digitized by Google

wiederholt wird (vgl. Wilda 1, 145), und wonach der Erbnehmer (so dat erue nimt) für den Betrag der fahrenden Habe die Schulden des Erblassers, nicht aber dune, rof und dobelspel bezahlen soll, in unseren Statuten fehlt, so wie sie dann wohl als eine recht unverständige und unpraktische Bestimmung bezeichnet werden muß, die mit unseren Verkehrsverhältnissen wenigstens, was den Betrag des gestohlenen und geraubten Gutes betrifft, und mit den in meinen erwähnten früheren Vorträgen § 91 ff. über das Verhältniß der Erben zu den Schulden des Erblassers Ermittelten unverträglich war.

§ 3.

Das Statut von 1605, die Recesse, die Burspraken.

Wilda 2, 157 bemerkt, es sei bei uns noch 1497 der Spielvertrag als eine vollkommen zu Recht beständige Verbindlichkeit angesehen worden. Er gründet diese Behauptung offenbar darauf, daß die eben erwähnten Ordele von 1270 auch in unsere Statute von 1276, 1292 und 1497 unverändert aufgenommen worden sind[1]). Würde man nun blos unsere Statute berücksichtigen, so ließe sich noch weiter gehen, und nicht blos sagen, daß das Ordel IX, 18 auch in das Statut von 1605 II, 9, 7 aufgenommen, ja daß daselbst I, 12, 1 das Niedergericht ausdrücklich in allen Civilsachen competent erklärt ist, belangend Rente, Hauer, Erb und Eigen, derselben Verfolgung, Dabelspiel, Kummer und Arrest ꝛc.

Allein es fällt auf, daß Schlüter († 1719) in seinem Commentar zu dieser Stelle bemerkt, seine Zeitgenossen, die Pro-

1) Das dort von ihm erwähnte Lübische Recht Cod. Hach. III, 398 ist nichts anders, als unser Hamburgisches XII, 6 von 1270. — Auch in andern Städten scheinen Beschränkungen der Glücksspiele viel weniger häufig gewesen zu sein, als Wilda annimmt. So meint auch Göschen z. B. vom Goslarschen Recht S. 521, daß dort Glücksspiele in Ansehung des Werthes, um den man gespielt, beschränkt gewesen, bezieht sich aber auf p. 76, 39—44, wo es heißt, wer mehr gebe oder gewinne, solle es gerichtlich beitreiben. Es ist also die Selbsthülfe hier ausgeschlossen, folglich das Selbstpfändungsrecht beschränkt, ebenso wie im Rechtsbuch nach Distinctionen und wohl auch im Augsburger Statut, vgl. Wilda S. 151 mit S. 146 a. E., und dazu die Glosse zum Sachsensp. 3, 6 das. S. 150.

Digitized by Google

curatoren Stülmacher und Borcholt, wüßten sich gar nicht zu erinnern, daß in ihrer Praxis jemals ein Exempel vom Dabelspiel vorgefallen, während sie von Wetten wohl Processe gehabt.

Nun finden sich denn schon in den ältesten Recessen Vorschriften, welche der eingerissenen Spielsucht, unabhängig vom Römischen Recht, Einhalt thun sollen. So heißt es in dem Recesse von 1458 Art. 3, von 1483 Art. 3 und 1529 Art. 81, daß in den Gesellschaften, wo Hamburger Bier gezapft werde, die Schaffer dafür sorgen sollen, daß dar nenerlei dobelent edder ander ongenochte moge geschеen. Im Recesse von 1529 Art. 105 a. E., in den Burspraken auf Petri von 1594 Art. 20 und auf Thomä von 1596 Art. 5 wird bei 10 Pfund Brüchen das Dabelspiel auf den Höfen vor dem Thor und in der Stadt untersagt. Nimmt man nun hinzu, daß ein Reichsgesetz, die Fußknechtsbestallung von 1570 Art. 211 (vgl. Wilda S. 163, Klefeker Samml. Hamb. Ges. 5, 163) das Spielen auf Borg ausdrücklich untersagte, so läßt sich das spätere Statut von 1605 gar nicht so verstehen, als ob es alle Spielklagen dem Reichsgesetz zum Trotz für erlaubt erklärt hätte, sondern die Vorschrift ging denn eben nur so weit und nicht weiter, als die damalige Praxis, allenfalls unter dem Einflusse des Römischen Rechts, überall Spielschulden Klagbarkeit einräumte. Darin läßt sich jedoch Klefeker a. a. O. 3, 519 nicht beipflichten, als ob die fragliche Stelle des neusten Statuts von dem Criminalverfahren gegen Spieler zu verstehen sei, da das Gesetz ganz ausdrücklich das Dabelspiel unter den Civilsachen aufführt [2]).

§ 4.

Neuere Legislation.

Sehr energisch ist man aber bei uns gleich im Anfange des achtzehnten Jahrhunderts gegen das Spiel eingeschritten. Es heißt im Hauptrecesse von 1712 Art. 31, wegen des in dieser Stadt leider zum Verderb und öfters völligen Ruin vieler wackern Bürger und Bürgerskinder mehr und mehr einreissenden großen Spielens in Karten und Würfeln sei auf Befehl der Kaiserlichen Commission das am 23. Septbr. 1709 publicirte Mandat

2) Vgl. auch Anderson Hamb. Privatr. 4, 237.

Digitized by Google

revidirt und geschärft worden. Dies Mandat wurde auf Mitveranlassung benachbarter Staaten am 10. Jan. 1721 (Mandatens. 2, 983), 1747 Mai 15 (das. 3, 1606), 1757 Jun. 27 (das. 4, 2097) und 1759 Oct. 22 (das. 4, 2157 ff.) erneuert, und bedroht nicht blos „alle Diejenigen, Einheimische wie Fremde, wes Standes oder Condition sie sein, die von Karten- und Würfelspiel gleichsam eine Profession oder tägliche Uebung machen," mit Strafen, sondern verbietet gänzlich „in dieser Stadt und deren Gebiet alle diejenigen Spiele, wobei es blos auf das Glück ankommt, sie haben Namen wie sie wollen, für und um Geld zu spielen," läßt auch keine Spiele zu, „wobei nebst dem Glück ein Nachsinnen erfordert wird, anders als zum Zeitvertreib und um geringes Geld." Nach § 6 sollen keine, über in dergleichen Karten- oder Würfel-Spielen entweder allhier oder in der Fremde gewonnene Gelder entsprungene Schuldforderungen, oder einige darob ausgestellte Obligationen ꝛc. in hiesigen Gerichten admittirt, vielweniger für gültig oder verbindlich erkannt, sondern cassirt, auch beide Theile eventuell bestraft werden, so wie darüber, wenn die Einrede, daß die Forderung vom Spiel herrühre, nicht sofort liquide ist, § 7 und 8 besondere Bestimmungen ertheilt werden. Nach § 10 sollen „Obligationen ꝛc. von Unmündigen oder sonst noch unter ihrer Eltern, Vormünder, Hofmeister, Herren oder Wirthe Gewalt oder Aufsicht stehenden, oder auch anderen zu solchen verderblichen Spielen verleiteten jungen und unerfahrenen Leuten, Fremde oder Einheimische, die, es sei über im Spiel selbst verlorne, oder von Andern dabei vorgeliehene Gelder schon vorhin ausgegeben sein oder noch künftig ausgegeben werden möchten, nicht allein, wenn sie gleich durch Transport, Cession, Zahlung ꝛc. in andere Hände gerathen, für null und nichtig erkannt, sondern auch deren Inhaber, wenn es der Gewinner selbst, zu Restituirung des dem Debitor sonst noch Abgenommenen condemnirt und obendrein bestraft werden." Der § 11 will, „falls andere dieser Stadt Bürger oder Einwohner, die zu ihren Jahren schon gekommen, ohne erweislichen Zwang und mit gutem Willen in dergleichen verbotene oder hohe Spiele, es sei unter sich oder mit Fremden, sich einlassen und verspielen, daß dann zwar der Gewinner und die dazu Vorschub geleistet, in Strafe genommen, auch das Verlorne und Bezahlte von demselben bei-

Digitized by Google

getrieben, der Verspieler aber nicht minder mit Geldbuße belegt, und unter Umständen selbst für einen Verschwender gerichtlich erklärt werden soll."

Dieses Mandat wurde den 5. October 1764, den 12. März 1784 und den 26. Febr. 1790 renovirt, auch Behufs Gelebung desselben Mehreres verfügt (Anderson alte Samml. 2, 27 ff.).

Am 4. Mai 1796 wurde ein ferneres Mandat wider die Hazardspiele publicirt (Anderson 4, 115 ff.), worin das frühere Verbot auf „alle Hazardspiele" erstreckt wurde, „sie haben Namen, wie sie wollen, sie mögen mit Würfeln, Karten, Glücksrädern, oder auf irgend eine sonstige Weise gespielt werden." Wer schuldig befunden wird, Hazardspiele gespielt zu haben, soll bestraft werden. Niemand soll nach § 3, wenn er auch gleich nicht selbst spielt, durch Association, Actien, Wetten oder sonst auf irgend eine Weise an Hazardspielen Antheil nehmen, oder Vorschub dazu leisten, dazu Geld oder Geldeswerth vorschießen, oder für eine Spielschuld Bürge werden. Auf alle aus einem Spielgewinn, Wette, Vorschuß oder Bürgschaft entspringende Forderungen soll nach § 4 keine Klage verstattet, etwa darüber ausgestellte Wechsel, Schuldscheine oder sonstige Documente cassirt, und, wenn es nicht sofort erweislich, daß der Grund der Forderung aus dem Spiel herrührt, der Belauf vom Beklagten, ohne gegen irgend eine Caution erhoben werden zu können, deponirt, vom Kläger aber Caution für die Wiederklage und Kosten bestellt, das baar gewonnene Geld vom Gewinner wieder zurückgeliefert und confiscirt werden.

§ 5.

Fortsetzung.

Seit diesem Mandat hat unsere topische Legislation Spiele und Wetten nicht weiter berührt, wohl aber ist noch der Verordnung wegen der von unmündigen und nicht handelnden Personen ausgestellten Wechsel und Obligationen vom 4. September 1732 (Klefeker 3, 691) zu gedenken, indem sie § 5 die hiesige Wechselordnung vom 2. März 1711 Art. 48 und den dritten der dazu gehörigen Additional-Artikel vom 10. November 1729 (Klefeker 6, 390 und 396) bestätigt, welche ihrerseits hinsichtlich der „über Spielgelder ausgestellten Wechselbriefe," oder, wie der Ausdruck auch lautet, „eines von einer Spielschuld herrührenden Wechsel-

Digitized by Google

briefes" das im Spielmandat vom 23. Septbr. 1709 angeordnete Verfahren beibehält, und bemerkt, „es sollten dem Acceptanten oder Ausgeber eines solchen Wechselbriefes alle in den gemeinen Rechten und hiesigen Statuten enthaltenen Wohlthaten dagegen zu Statten kommen." Das Handelsgericht ist in der Handelsgerichts-Ordnung vom 15. December 1815 Art. 10 a. E. für solche Wechsel ausdrücklich incompetent erklärt worden.

Was dagegen unsere Gesetzgebung in Hinsicht des Lotto und der Lotterien verfügt hat, kann hier füglich unter Hinweisung auf Klefeker 12, 571 ff. und die verschiedenen Verordnungen in den Andersonschen Sammlungen übergangen werden.

Ueber Wetten findet sich ausser deren gelegentlicher Erwähnung in den Spielmandaten legislativ bei uns nichts speciell bestimmt. Daß auch selbst über Wett-Assecuranzen kein Gesetz bei uns existirt, will Beneke (System des A. u. B. W. 1, 292) daraus erklären, daß sie bei uns niemals gebräuchlich gewesen sind. Sofern darunter Versicherungen ohne legales Interesse verstanden werden, sind sie durch die Vorschriften der Assecuranz- und Havarie-Ordnung vom 10. Septbr. 1731 Tit. 2 Art. 3 Tit. 13 Art. 1 und 2 hinreichend als unerlaubt bezeichnet, so daß, selbst wenn man nicht der Ansicht des Herrn Dr. Pöhls (Assecuranzrecht 1, 67) beipflichten, und an sich die Wett-Assecuranzen nicht für ungültig erachten kann, ihre Unwirksamkeit für Hamburg entweder durchaus (Beneke a. a. O.) oder doch, falls man diese dahin rechnen will, mit Ausnahme der Assecuranz auf das Fallen und Steigen der Waarenpreise[1]) (Ass. u. Hav. Ordn. Tit. 3 Art. 2. Pöhls 1, 125) ausser Zweifel steht.

---

1) Es scheint mir noch nicht unbestreitbar, daß eine Versicherung der Art, ohne ein Interesse bei den Waaren selbst, bei uns erlaubt sei, und wenigstens ist mir nicht einmal der Fall vorgekommen, daß eine solche Assecuranz jemals bei uns wäre gezeichnet worden. Langenbeck Anm. über das Hamb. Schiff- und Seerecht (1727) S. 390 gestattet eine solche Versicherung nur, „wenn man selbst Interesse in der Ladung hat" und wenn man den Zustand des damaligen Niederländischen Assecuranzrechts (vgl. Wilda Zeitschr. 8, 226) berücksichtigt, so giebt dies keinen Anlaß, andere Assecuranzen für erlaubt zu halten, da es selbst Versicherungen auf imaginären Gewinn untersagte. Daß endlich die neusten hiesigen Ansichten

Digitized by Google

§ 6.

Speciell über Wetten im ältesten topischen Recht.

Wilda Zeitschr. 8, 220 ff. hat die Bestimmungen in den Altdeutschen Rechtsquellen gesammelt, wo die Wetten zuerst genannt werden. Sie reichen nicht über das vierzehnte Jahrhundert hinauf, und sind für unser Recht ohne Interesse, eine Bestimmung abgerechnet, die sich im Lübischen Recht später als 1418 findet[1]), und bestätigt, daß Wetten damals klagbar waren, und insofern wie Spiele behandelt wurden, daß dem Richter der dritte Theil der Schuld zufiel (vgl. § 2). Nirgends stößt man aber sonst im Lübischen Recht, und ebenso wenig in dem unsrigen vor dem J. 1796 (vgl. § 4) auf eine Spur von gesetzlichen Vorschriften über Wetten. Man kann nach § 2 Anm. 1 nicht wohl annehmen, daß bei uns Wetten durchaus ungebräuchlich gewesen sein sollten, aber sie sind vielleicht erst im Anfange des achtzehnten Jahrhunderts (vgl. § 3) Gegenstand gerichtlicher Verhandlungen geworden.

§ 7.

Die jetzt bei uns geltenden Grundsätze über Spiel.

Es ist von Wilda Zeitschr. 2, 173 — 180 als die jetzt am allgemeinsten unter den Deutschen Rechtsgelehrten herrschende Ansicht nachgewiesen worden, daß zwischen verbotenen und erlaubten Spielen unterschieden wird, daß die Gränze zwischen beiden aber nicht in dem Umstande, ob das Spiel zur Uebung einer kriegerischen Tugend (quod virtutis causa fit l. 2 § 1 D. de aleator. [11, 5]), oder sonst einer Fertigkeit dient, sondern darin liegt, ob blos der Unterhaltung wegen, oder aus Gewinnsucht gespielt wird. Hiernach würden alle Spiele, in denen nicht um Geld oder um Geldeswerth gespielt wird, erlaubt sein. Was aber die Geldspiele anbetrifft, so würde es auf eine quaestio facti hinauslaufen (vgl. A. Preuss. L. R. 2, 20, 1298), ob sie

---

kein anderes Ergebniß zulassen, darüber kann nach dem Entwurf eines allgemeinen Plans Hamb. See-Versicherungen vom J. 1843 noch weniger Anstand erhoben werden.

1) Sie steht Cod. Hach. IV, 46, und zwar aus Cod. Brock. II, 214. Pardessus hat zuerst nachgewiesen, daß diese Codicenform nicht vor dem J. 1418 entstanden sein kann. Vgl. Hach S. 140.

Digitized by Google

als erlaubt oder als verboten zu betrachten sind, je nachdem mehr die Gewinnsucht oder die bloße Unterhaltung dabei bezweckt wird. Denn es werden Personen und Umstände in Betracht gezogen werden müssen, um zu ermitteln, wo entweder das Eine oder das Andere den Spielenden näher lag. Auch bei uns würde man andere Grundsätze schwerlich als praktisch gültig anerkennen dürfen. Unsere Mandate verbieten freilich alle Geldspiele, wobei „es blos auf das Glück ankommt" (1709 vgl. § 4), alle Hazardspiele, sie haben Namen, wie sie wollen (1796 s. das.). Allein man fragt mit Wilda (a. a. O. S. 177), was sind Hazardspiele? Der Gegensatz zwischen Glücksspielen, Kunstspielen und den schon in den Italiänischen Juristen eingeschobenen gemischten Spielen ist nicht durchführbar. Selbst zu den sogenannten Commerzspielen, Lhombre, Whist, Boston ꝛc., ist Glück, zu den Hazardspielen, wie Farao, Roulett ꝛc., eine gewisse Geschicklichkeit, Ruhe, Wahrscheinlichkeitsberechnung erforderlich, so daß man zuletzt doch auf das Ergebniß geräth, gar keine andere als gemischte Spiele anzuerkennen. Unser Mandat von 1709 gestattet keine Spiele, als wobei nebst dem Glück ein Nachsinnen erfordert wird, und selbst diese nicht anders als zum Zeitvertreib und um geringes Geld. Da der Kartenstempel die Erlaubtheit des Kartenspiels an sich involvirt, und bei uns die Sitte Kegelspiel, Billiard, Whist, Lhombre, Boston und einige andere s. g. Commerzspiele für unverwehrt hält: so ergiebt sich für diese nicht eine andere Beschränkung, als daß sie nicht um hohes Geld statthaft sind.

§ 8.

Fortsetzung. Klagbarkeit einer Spielschuld.

Von der vorstehenden Erörterung ist die Frage sehr wohl zu unterscheiden, ob Spielschulden bei uns, sei es mit Hülfe einer Klage oder mittelst einer Einrede, geltend gemacht werden können. Spiele können erlaubt sein, ohne daß daraus die Klagbarkeit oder sonstige Rechtsbeständigkeit der Spielforderungen folgt. Wilda a. a. O. S. 180 ff. hat nachzuweisen gesucht, daß es ein Princip ist, welches ebenso sehr den alten Deutschen Rechtsansichten, als der Reichsgesetzgebung und dem richtig verstandenen und angewandten Römischen Recht entspricht, Spielforderungen das Klagrecht zu verweigern. Bei uns ist, von dem frühesten

Digitized by Google

Rechtszustande abgesehen, durch die Legislation seit 1709 (vgl. § 4) ausser allem Zweifel gesetzt, daß Forderungen, welche aus dem Spiele herrühren, gleichviel ob dies an sich erlaubt ist oder nicht, in hiesigen Gerichten nicht admittirt werden sollen[1]).

§ 9.

Das Zurückforderungsrecht einer bezahlten Spielschuld.

Hier wird nach Wilda's Erörterung a. a. O. S. 185—190 der Unterschied zwischen erlaubten und verbotenen Spielen einen Einfluß ausüben. Niemand bestreitet die Unstatthaftigkeit der condictio indebiti bei erlaubten Spielen, und es würde bei uns Niemandem einfallen, eine Spielschuld, die er bei Commerzspielen bezahlte, zurückzufordern. Dagegen ist in neuster Zeit durch die Gerichtspraxis die Frage bei verbotenen Spielen zweifelhaft geworden, die Spruchcollegien zu Göttingen, Heidelberg und Halle haben sich für das Recht der Zurückforderung entschieden, das O. A. G. zu Parchim ist seiner entgegenstehenden Ansicht unverändert treu geblieben. Wilda führt hier Alles auf Deutsche Rechtsansichten zurück, die allein, nicht aber Römisches Recht hier geltend zu machen wären, und wonach die Zurückforderung ausgeschlossen sei. Für uns ist auch hier nach der Legislation seit 1709 (§ 4) nichts zweifelhaft, was die Restitution der bezahlten Spielschuld bei verbotenen Spielen (§ 7) anbelangt. Aber es ist nicht ganz gewiß, wiewohl nach dem Mandat von 1709 wahrscheinlich, daß nur für Unmündige die Zurückforderung Statt finden soll. Bei Mündigen soll aber allemal die bezahlte Spielschuld confiscirt werden, so daß es scheint, als ob ihnen eine Klage auf Zurückerstattung nicht erlaubt ist, so wenig als wohl eine Einrede deshalb.

§ 10.

Zurückforderung eines beim Spiel gemachten Darlehns.

Während diese Frage nach Römischem Rechte zweifelhaft gemacht worden ist, und seit Azo wohl unterschieden wird, ob

1) Kürzlich hat das Oberappellationsgericht in Zelle den Forderungen auch aus nach unseren Sitten erlaubten Spielen, z. B. dem Lhombre, alle, auch die in der Form der Einrede geltend zu machende Wirksamkeit abgesprochen. Vgl. Hannov. Juristi. Zeitung 1847 H. 1 S. 44 ff.

Digitized by Google

ein Mitspieler oder ein Dritter lieh, erklärt Wilda a. a. O. S. 191 ff. nach Deutschen Rechtsgrundsätzen die Reclamation allemal unstatthaft, da es verboten ist, überall auf Borg, und überdies anders als um der Unterhaltung willen zu spielen. Dasselbe Resultat geht unbestreitbar aus unserer topischen Legislation hervor (vgl. § 4. 5).

§ 11.

Das jetzt bei uns geltende Recht hinsichtlich der Wetten.

Die Art und Weise, wie Klefeker 5, 165 ff. von den Wetten gehandelt hat, kann für unser heutiges topisches Recht in dieser Materie nicht als normgebend angesehen werden. Sofern er die desfalsigen Grundsätze aus dem Römischen Recht herleitet, werde ich darauf (§ 12) noch zurückkommen. Da wird es sich auch ergeben, daß eine Wette nicht als ein Contract definirt werden darf, vermöge dessen „auf den ungewissen Ausgang einer Sache zwischen zwei Personen Etwas zu leisten einander angelobt wird." Durch diese seine unrichtige Begriffsbestimmung ist Klefeker verleitet worden, S. 166 Wetten „hauptsächlich unter Kaufleuten sehr gebräuchlich," und „eine tägliche Erfahrung" anzuerkennen, ihnen eine rechtliche Wirkung beizulegen, „wenn kein Betrug dabei vorwaltet, und die Sache, worüber oder worauf gewettet worden, mit den guten Sitten nicht streitet." Das Verfehlte in diesen Sätzen erkennt sich besonders daran, daß er S. 167 Seeversicherungen und S. 168 ff. Bodmerei-Contracte, S. 171 ff. Hoffnungskauf und S. 175 „Pfründkauf, Leibgeding und Leibrenten" zu den Sponsionen (Wetten) rechnet. Davor hätte ihn schon die Art und Weise warnen müssen, wie in unseren Gesetzen die Versicherungen ohne Interesse an dem Gegenstande behandelt werden (§ 5).

§ 12.

Fortsetzung.

Eine richtige Auffassung (vgl. von Bangerow Pandekten 3, 496 ff.) ergiebt, daß einer eigentlichen Wette allemal ein Meinungsstreit zum Grunde liegt, welcher dahin verglichen wird, daß Derjenige, dessen Behauptung sich als eine irrige ausweist, zu einer bestimmten Leistung verpflichtet ist. Das Versprechen der Leistung muß gegenseitig sein, diese Leistung

Digitized by Google

braucht aber nicht für beide Contrahenten gleich zu sein, auch nicht grade dem Sieger persönlich zu Gute kommen zu müssen. Eine solche Wette ist offenbar von allen den Contracten verschieden, welche Klefeker (§ 11) damit verwechselt hat. Sie ist aber allerdings nach Römischem Recht ein vollkommen gültiger und klagbarer Vertrag, und nur dann unerlaubt und unwirksam, wenn sie in ein Spiel ausartet. Daß etwa zu der Entscheidung einer Wette die Thätigkeit eines der Contrahenten erforderlich ist, macht sie noch nicht zum Spiel, wie dies von mehreren Juristen irrig behauptet worden ist. Aber wenn bei einer Wette nicht von einem Meinungsstreit ausgegangen, sondern wenn umgekehrt blos gestritten wird, um zu wetten, so ist ein wirkliches Spiel vorhanden, und kommen die Grundsätze über Spiel (§ 7—10) zur Anwendung. Es ist dies meist aus den Umständen zu beurtheilen, und gehört zu den hier erheblichen Umständen der Inhalt des Streits, der die Wette nach sich zog, die Größe der Wettsumme, und der Umstand, ob die Wette allein steht, oder etwa eine ganze Reihe von Wetten hinter einander abgeschlossen wird. Hieraus folgt der Römische, und von da zu uns (vgl. § 4) herübergekommene Grundsatz, daß das Pariren bei Spielen keine Klage giebt. Die unverhältnißmäßige Größe der Wettsumme berechtigt regelmäßig zu dem Schlusse, daß keine wahre, klagbare Wette, sondern ein verbotenes Spiel vorliegt (vgl. unser Mandat vom 23. Septbr. 1709 oben § 4). Daß übrigens die gelegentliche Erwähnung der Wetten als klaglos und unerlaubt in dem Mandat wider Hazardspiele vom 4. Mai 1796 (s. oben § 4) nicht die vorstehenden Grundsätze des Römischen Rechts über Wetten umstoßen soll, sondern danach eben nur von Wetten bei Hazardspielen zu verstehen ist, scheint auffer Zweifel zu sein.

§ 13.

Beschluß.

Mir ist aus neuerer Zeit nur ein Rechtsfall über Wetten bekannt, der zu einer rechtlichen Entscheidung gekommen ist. Im J. 1837 wurde in S. Jochim Schuldt c. Peter Mohrmann eine Wette über Geschicklichkeit im Schießen eingeklagt, und vom Prätor am 28. Juli von Amtswegen die Klage abgewiesen, aber vom Obergericht am 28. August auf den Grund der l. 2. 3. D. de

Digitized by Google

aleator. (11, 5) und l. 1 C. eod. (3, 43), dem topiſches Recht nicht entgegen, zugelaſſen, dann vom Prätor die Wette nur für einen Dukaten auf den Grund der l. 1 C. geſtattet. Nach den (§ 12) gegebenen Erörterungen wäre in dieſem Falle, da die Wettſumme beträchtlicher als ein Dukaten, nämlich zwei Louisd'Ors war, die Klage ohne Weiteres zu verwerfen geweſen, und ſomit erſcheint die Obergerichtliche Entſcheidung als unhaltbar.

Digitized by Google

III.

Rechtsgeschichtliche Betrachtungen über das Hamburgische Servitutenrecht.

Inhalt.

Einleitung.

Die Lehre von den Servituten
- in den alten Stadtrechten § 1. 2.
- in unserem ältesten Resignationenbuch § 3—5.
- nach dem späteren Rechtszustande § 6.
- nach dem heutigen § 7. 8.

Weitere Begründung dieses heutigen Rechtszustandes § 9—11.
- Verjährung der Servituten § 11.

Das neuste Niedergerichtliche Präjudicat von 1845 § 12.

Kritik desselben § 13—17.

Die Obergerichtliche Entscheidung § 18.

Digitized by Google

Rechtsgeschichtliche Betrachtungen über das Hamburgische Servitutenrecht.

Vortrag, gehalten in der juristischen Section des historischen Vereins in Hamburg, am 21. September 1847.

Einleitung.

Die Lehre von den Servituten hat in unserer topischen Literatur[1]) bisher weder für das wissenschaftliche noch für das praktische Bedürfniß eine genügende Behandlung erfahren. Was sich darüber in Schlüter, Müller und Klefeker[2]) findet, ist, selbst abgesehen von der für unsere Zeit fast unerträglichen Abgeschmacktheit in der Form, materiell unerheblich, und auch in dem Commentar von Gries[3]) ist dem Gegenstande nicht die gebührende Aufmerksamkeit gewidmet. Ein neueres Niedergerichtliches Präjudicat, wovon Herr Doctor Harder uns im vorigen Winter den wesentlichen Inhalt mittheilte, giebt mir zu einigen Bemerkungen Veranlassung, welche freilich weit davon entfernt sind, die Lehre erschöpfen zu können, wohl aber vielleicht zu ferneren Forschungen anregen dürften.

---

1) Auch was Eichhorn Rechtsgesch., Ausg. 4, 1, 383 darüber für das Deutsche Recht überhaupt giebt, bringt die Materie zu ausschließlich unter den Gesichtspunkt einer Römischrechtlichen Auffassung, wie dies denn auch in den Lehrbüchern der Germanisten der Fall ist.

2) Schlüter 1698 im Tractat von den Erben S. 38 ff. H. Müller 1746 vom öffentlichen Verkauf der Immobilien Abh. 7 S. 3 ff. Abh. 8 und 9. Klefeker 1767 Samml. Hamb. Ges. 4, 301 ff.

3) Comm. 2, 86 ff. 94 ff. 100 ff. Sonderbar ist es, daß der Artikel I, 21, 3 des neusten Statuts, welcher von der Verjährung der Servituten handelt, von Gries gar nicht commentirt ist.

Digitized by Google

Ich kann mich nämlich weder mit den Motiven noch mit der Entscheidung dieses Präjudicats einverstanden erklären, muß jedoch zum besseren Verständniß meiner Kritik einige rechtshistorische Notizen voraufschicken.

§ 1.

Die Lehre von den Servituten in den alten Stadtrechten.

So wie es bisher überhaupt wenig oder eigentlich gar nicht beachtet worden ist, welche Rechtsmaterien in unserem ältesten Statut von 1270 und dessen Filialrechten entweder ganz mit Stillschweigen übergangen [1]), oder doch mit ersichtlicher Zurücksetzung behandelt sind: so sieht man sich auch vergebens nach einem Schriftsteller um, der es hervorgehoben hätte, daß dies Statut der Servituten gar nicht gedenkt, ja nicht einmal der Thatsache von dem Abhängigkeitsverhältniß eines Grundstücks gegen das andere, auch nur für die im Sachsenspiegel 2, 49—52 über Traufe, Befriedigung des Hofes, Ueberhang ꝛc. enthaltenen Bestimmungen [2]). Gleichwohl ist der Umstand gewiß sehr charak-

1) Ein anderer solcher Fall sehr merkwürdiger und singulärer Art wird in einem Vortrage über erbloses Gut behandelt.

2) Selbst das Verhältniß des zu nahe Bauens, welches auch in andern Statuten, vgl. Lub. Cod. Hach. I, 126 und II, 172. vgl. Goslar. p. 24, 1 ff., in Beziehung auf Servitut erwähnt wird, kommt in unseren alten Statuten nicht in Hinsicht auf das Materielle selbst, sondern nur 1270 1, 10 wegen des Verfahrens vor, das dabei zu beobachten ist, um der Selbsthülfe zu steuern, vgl. meine Vorträge 2, 1, 87. — Dagegen enthielt das Lübische Recht von Alters her Bestimmungen über die Servituten des Sachsenspiegels, und man kann wohl sagen, sie scheinen ursprünglicher, als dieser, welcher blos das allgemeine Princip enthält. So die Vorschriften über Privet und Schweinstall Cod. Hach. II, 205 vgl. mit Sachsensp. 2, 51, 1, über Traufe (ovese) Cod. Hach. II, 171. 233 und zu dieser letzteren Stelle der Uffenbachsche Codex auf der Hamburger Stadtbibliothek, III, 117 vgl. mit Sachsensp. 2, 49, 1. Unsere Statute übergehen diese Verhältnisse wohl darum mit Stillschweigen, weil sie nicht von dem allgemeinen Princip des Landrechts abweichen. — Uebrigens treten die Lübischen, die Bremischen (von 1428 2, 31. 32. p. Oelrichs 356), und selbst die Goslarschen Statuten p. 31, 4 und 23, 14—24, 6 so selbstständig auf, daß man Göschen S. 181 nicht wohl beistimmen kann, wenn er sagt, daß die Statuten die Vorschriften über die Verhältnisse benachbarter Grundstücke zum Theil aus dem Sachsen-

Digitized by Google

teristisch. Für uns erklärt er sich zunächst aus dem wahrscheinlichen Zweck unserer erwähnten ältesten Ordelen-Sammlung, die theils das städtische topische Recht dem Sächsischen Nationalrecht gegenüber enthalten, theils mehr oder weniger entschieden dem Einfluß des Römischen Rechts in allen denjenigen Beziehungen entgegentreten sollte, wo wir wirklich ein eigenthümliches Recht hatten. Das Letztere war für die Lehre von den Servituten wenigstens nicht im Rechtsbewußtsein unserer Vorfahren vorhanden. Es wird aus meinen Vorträgen über Selbstpfändungsrecht ꝛc. im Winter 1846/7 (2, 1, 70 ff.) klar geworden sein, daß dem Altdeutschen Recht überhaupt ein eigentliches Sachenrecht, ein dingliches Recht mit dem regelmäßigen Merkmal der Ausschließlichkeit, d. h. mit dem unbeschränkten Umstande, daß ein Anderer ohne Weiteres die Handlung nicht vornehmen kann, zu der das Realrecht befugt, (vgl. von Vangerow Pand. 1, 140) unbekannt gewesen ist. Nur in der Abhängigkeit der Sache vom Willen der Person, nur in Beziehung auf die Person trat für sie ein Recht der Sache in ihre rechtliche Erwägung. Sie hatten ebensowenig einen deutlichen Begriff vom Eigenthum in Hinsicht auf seine Totalität, d. h. auf seine, alle Realrechte in sich fassende Umfänglichkeit, und schon hieraus folgt, daß die einzelnen dinglichen Rechte an einer fremden Sache bei ihnen eine ganz andere Auffassung erfahren haben müssen. So wie ihr Pfandrecht sich auf den weddeschatte, auf das conventionelle, beschränkte, und weder das richterliche noch das gesetzliche im Römischen Rechtssinne bei ihnen vorkommen, was man vielmehr bisher dafür gehalten hat, nur Ausflüsse des Rechts der Gewalt und der Gewehr sind: so kann ihnen von solchen Beschränkungen und Limitationen des Eigenthums, welche sogar gegen das Eigenthum einen bestimmten Gegensatz bilden, wie namentlich die Servituten[3]), Nichts bewußt geworden sein, was als reines Sachenrecht, abgesehen von Willen und Persönlichkeit, betrachtet werden könnte. Diese unmittelbare

spiegel geschöpft haben, der doch nur das allen diesen Vorschriften zum Grunde liegende allgemeine Princip, gleichsam den Extract aus den ins Einzelne gehenden Bestimmungen der Statute hat.

3) Vgl. darüber gemeinrechtlich von Vangerow Pand. 1, 619. Pucha Institutionen 2, 740. S. auch Hugo Naturr. Ausg. 3 S. 318.

Digitized by Google

Bezugnahme auf die Person tritt ebenso wie in den erwähnten Bestimmungen des Sachsenrechts, auch in den Vorschriften über kellertiefe Mauer und das Steinhaupt am Fleth entschieden hervor, welche dem Statut von 1270, so wie von 1292 fremd, dem letzteren C, 34 von späterer Hand beigefügt, erst aber in das Statut von 1497 G, 10 aufgenommen, und von da in die neuste Redaktion von 1605 2, 20, 6 übergegangen sind. Andere Spuren aber von Servituten finden sich bis 1605 in unseren Stadtrechten nicht, und selbst die Behandlung der Materie im Stadtrecht von 1605, wo sich einzelne unzusammenhängende, dahin gehörige Bestimmungen in dem Titel von der Bauordnung (2, 20) zerstreut finden, u. A. Art. 8 über das Fensterrecht, Art. 10 über den Tropfenfall, beweist, daß trotz des damals schon als subsidiär anerkannten Römischen Rechts der reelle Einfluß desselben dieser Materie noch nicht zu Gute gekommen war.

§ 2.

Fortsetzung.

Aus dem Stillschweigen der ältesten Stadtrechte folgt allerdings nichts weiter, als daß das Verhältniß zwischen zwei von einander abhängigen Grundstücken von unseren Vorfahren nur nicht besonders rechtlich beachtet, nicht in seiner juristischen Bedeutung aufgefaßt worden ist. Daß nachbarliche oder sonstige Beziehungen zwischen ihren Grundstücken gar nicht bei ihnen vorgekommen sein sollten, so Etwas anzunehmen, würde eine Absurdität sein. Wenn man daraus, daß selbst einzelne Theile, ja sogar einmal der zehnte Theil [1]) eines Hauses Gegenstand einer Resignation gewesen ist, schließen muß, unsere Vorfahren müssen sehr dicht zusammengewohnt haben, und ein solches Parcelliren der Häuser mußte die mannichfaltigsten Abhängigkeitsverhältnisse der einzelnen Theile derselben von einander zu Wege bringen: so läßt es sich vollends gar nicht bezweifeln, daß Servituten factisch von den frühesten Zeiten an bei ihnen existirt haben. Um mich der Schlüterschen Ausdrücke zu bedienen [2]), mußte

1) Lib. resign. p. 23, 13. Vgl. Herrn Dr. Reimarus in unserer Zeitschr. 1, 3, 448. Meine Vortr. 2, 2, 250.

2) A. a. O. S. 46 ff.

häufig der Fall eintreten, daß ein Gebäude die Bürde oder Last des andern trug, ferner der Fall des Traumrechts, wonach ein Balken in das Gebäude des Andern hineingefugt war, das Recht der Erker, Ausluchten und Schauern, das Lichtrecht in seinen verschiedenen Nüancen, das Recht der Traufe oder Rinne, das Fluß- oder Wasserrecht, die Duldung eines heimlichen Gemachs und der Schweinekoven, das Letztere noch besonders im dreizehnten Jahrhundert, wo Vieh aller Art in der Stadt gehalten wurde[3]). Selbst mehrere Dienstbarkeiten der praedia rustica, wie namentlich Fußsteige, Fahrwege ꝛc., können ebenfalls in den städtischen Verhältnissen nicht anders als unvermeidlich gewesen sein. Auch die persönlichen Servituten der Bewohnung, der Frucht- und sonstiger Benutzung sind bei einem so lebhaften Verkehr und Zusammenleben, wie es in Hamburg schon derzeit der Fall war, ebenso häufig dort, als in Rom anzunehmen, und wenn bekanntlich das Recht der Superficies bei den Römern aus der Volkssitte hervorgegangen ist[4]), sich und den Seinigen, wenn man nicht Eigenthümer eines Hauses werden konnte, wenigstens auf diese Weise eine feste Wohnung zu verschaffen, so darf man gewiß in unserer Stadt, wo wohl auch zunächst deshalb, wie erwähnt, selbst kleine Theile eines Gebäudes einen großen Werth hatten, ähnliche Verhältnisse annehmen[5]). Endlich hat es auch in unserer so wenig als in einer Stadt überhaupt nicht fehlen können an den, grade dem Deutschen Recht eigenthümlichen Reallasten, als Pflichten des jeweiligen Besitzers eines Grundstücks zu gewissen positiven Leistungen.

Unter allen besonderen Fällen der Abhängigkeit eines Grundstücks von dem andern verstanden sich aber solche, die durch die eigenthümliche Bauart oder durch die Lage bedingt waren, so sehr von selbst, daß sie längst factisch existirt haben müssen, ehe und bevor diesem Verhältniß eine besondere rechtliche Be-

3) Vgl. meine Vorträge 2, 2, 216.

4) Puchta Inst. 2, 679 ff.

5) Müller a. a. O. Abh. 7, 75 verwechselt die Emphyteuse, deren Recht aus speciell Römischen Verhältnissen von einer Abgabe an den Staat oder an eine öffentliche Corporation unterworfenen Pachtgrundstücken hervorging, mit Superficies, wenn er wiederholt einen auf Lebenszeit dauernden Miethecontract über ein Wohnhaus eine Emphyteuse nennt.

Digitized by Google

rücksichtigung zu Theil geworden ist. Eben weil sie sich von selbst verstanden, ist es erklärlich, daß darüber sich kein Zweifel, kein Streit erhob, oder eine Verständigung leicht zu erzielen, für die Gerichte oder für die Legislation und Codification also keine Veranlassung vorhanden war, sich ausdrücklich auszusprechen.

§ 3.

Unser ältestes Resignationenbuch.

Aus den bisher erörterten Umständen wird es ferner deutlich, warum in unserem ältesten liber resignationum über Dasjenige, was in dieser Hinsicht aufzulassen und in die Stadt-Erbebücher einzuschreiben war, sich keineswegs bestimmte Grundsätze gebildet haben können. Namentlich ist es von vorn herein undenkbar, was gleichwohl Müller[1]) mit einer großen Entschiedenheit behauptet, daß in allen Zeiten die Servituten alle öffentlich aufgerufen worden wären. Nur für den Verkauf der Erben war 1270 I, 6 die Auflassung vor dem Rathe auf dem Hause vorgeschrieben[2]); nicht einmal der Erbzins brauchte 1270 aufgelassen zu werden, erst in späterer Zeit ist dem Statut von 1292 D, 6 die, auch 1497 H, 4 und 1605 2, 1, 6 wiederholte Vorschrift hinzugefügt, daß derjenige Erbzins, welcher schon ins Stadtbuch eingeschrieben ist, nur vor dem Rath aufgelassen werden kann. Von anderen Realrechten kann also gewiß nicht die Rede sein. Allein schon der Ausdruck 1270 IV, 5[3]):

So welkerhande gud vor deme rade upgelaten wert ꝛc.

beweist, daß die Auflassungen sich auf allerlei Gegenstände erstreckten, und so kann es gar nicht auffallen, daß auch Servituten in dem ältesten Resignationenbuche vorkommen.

Ehe ich diese einzelnen Fälle durchgehe, muß ich noch in Beziehung auf Zweck und Veranlassung der Resignationen Einiges erinnern, weil es zur Berichtigung sehr gewöhnlicher

1) A. a. O. Abh. 8 S. 9 oben. Auch Schlüter S. 64 oben, und Klefeker 4, 305.

2) Vgl. meinen Vortrag über Selbstpfändungsrecht ꝛc. § 77 (Vertr. 2, 2, 273).

3) Vgl. die darin übereinstimmenden Parallelstellen dazu 1292 F, 5. 1497 A, 18. Stad. III, 5 (Puf. I app. p. 187). Rig. 48 (Puf. III p. 239). Cod. Lub. Hach. III 285.

Digitized by Google

Irrthümer nothwendig ist. Die Veranlassung der Resignationen ist ursprünglich nirgends bei uns als in dem alten Sächsischen Grundsatz zu suchen, daß nur was vor Gericht geschieht, vollständige Gültigkeit hat (Sachsenſp. 1, 7 vgl. Vorträge 1, 1, 199 Anm. 2, 1, 137) [4]). An sich war die Resignation nicht gebräuchlich geworden, um dem Act allen Dritten gegenüber rechtliche Gültigkeit zu verschaffen. Selbst unser Stadtrecht von 1270 sagt in dem erwähnten Ordel IV, 5 nur:

So welkerhande gud vor deme rade upgelaten wert, vnde wat ordel vor deme rechte vunden wert, vnde de to antworde is, den dat angeit, vnde wedderſprekt he dat nicht, it blift al ſtede [5]).

4) Diese Sächsische Volksansicht mag wohl aus dem Mangel an Notaren (vgl. Vortr. 1, 2, 234 ff.) und aus der wenig gebräuchlichen Schreibkunst erklärt werden. Als Notare und Schreibfertigkeit häufiger wurden, machte sich das Princip gerichtlicher Beglaubigung entbehrlich. Wenn eine anonyme Brochüre über das Hypothekenwesen der Stadt Hamburg 1814 S. 17 ff. den Ursprung der Verlassungen von dem Erforderniß des obrigkeitlichen Consenses in die Veräusserung der Grundstücke herleitet, so bezeichnet Kellinghusen in seiner sehr werthvollen Schrift über Verlassungen 1833 S. 25 diese Ansicht mit Recht entschieden als einen historischen Irrthum.

5) Vgl. Sachsenſp. 2, 6, 4. Lappenberg Vorr. zu den R. A. S. LXIV findet zwischen Sachsenspiegel und unserem Statut eine wörtliche Uebereinstimmung. Man kann aber nur sagen, daß der Sachsenspiegel das generelle Princip hat, während unser Ordel eine specielle Anwendung desselben enthält, und daher sich als in einem concreten Falle erlassen, also gewiß als ein ursprüngliches ankündigt, wovon der Sachsenspiegel das Abgeleitete ist. Gleichwohl dient der Sachsenspiegel insofern zur richtigeren Auslegung des Ordels, bei welchem man zweifeln könnte, ob ursprünglich auch Auflassungen ohne Zuziehung Dessen, den dat angeit, also der Erben oder sonst Betheiligten gedenkbar gewesen sind, weil man grammatikalisch den Satz vnde de — dat nicht ebenso wohl blos auf das Urtheil beschränken, als auch auf die Verlassung erstrecken könnte. Darüber kann nach dem Sachsenspiegel ebensowenig Zweifel sein, als darüber, daß die Worte it blift al ſtede sich nicht auf jeden Dritten, sondern blos auf Den beziehen, der die Auflassung sieht (sür) oder hört. Auch scheinen Fälle im ältesten Resignationenbuche vorzukommen, bei denen Derjenige, den dat angeit, nicht zugegen gewesen sein mag.

Digitized by Google

Unser Rath vertrat die Stelle des öffentlichen Volksgerichts [6]). Der Zweck war aber nicht entschieden gegen alle dritte Ansprüche gerichtet, als so weit das Recht der Gewehr ging, um sich gegen das Recht der Gewalt zu schützen [7]). Durch die Auflassung einer

---

6) Ich kann Herrn Dr. Reimarus Ansicht a. a. O. S. 438, als ob die Resignationen vor dem Rath nur darum geschahen, weil dieser aus lauter Personen bestand, die öffentlichen Glauben gehabt, nicht theilen. Lappenberg in s. Einl. zu den R. A. S. XXII meint, die Verlassungen wären dem Rathe auch darum schon frühe zugetheilt gewesen, weil alle schriftlichen Verhandlungen durch den Rath betrieben worden, da das Vogtgericht erst um das Jahr 1292 einen Schreiber erhalten habe. Allein auch dieser Grund ist nicht haltbar, eben weil die Verlassungen viel älter sind als die Einschreibungen, und ursprünglich ohne eine schriftliche Verhandlung Statt fanden. Viel wahrscheinlicher ist die Veranlassung, dem Rathe die Resignationen zuzuwenden, entweder eine ganz zufällige, oder, wie Lappenberg S. XXIII ebenfalls vermuthet, der Zweck gewesen, den Geschäftsgang bei dieser im städtischen Verkehr immer mehr zunehmenden und bedeutender werdenden Verhandlung zu vereinfachen, was bei der Form des Verfahrens im Volksgerichte unthunlich gefunden sein mag.

7) In meinen Vorträgen über Selbstpfändungsrecht ꝛc. § 67. 68 (2, 2, 241 ff.) habe ich diese Ansicht weiter begründet, welche von der gewöhnlichen (z. B. Gries Comm. 1, 243) abweicht. Sie findet auch durch den Sachsenspiegel Bestätigung (vgl. vorhin Anm. 4). Eben weil die Verlassung ursprünglich nicht die Wirkung hatte, gegen Dritte zu schützen, war die Bürgschaft nothwendig, welche mit der Römischen Evictionsleistung als einer Wirkung des Kaufcontracts ja nicht zu verwechseln ist, vgl. meine Vorträge über Selbstpfändungsrecht ꝛc. § 77 (2, 2, 271). Was aber das Verfahren bei der ursprünglichen Auflassung betrifft, so bedurfte diese an sich, wenn nicht etwa ein Widerspruch Dessen den dat angeit, erfolgte, einer weiteren Procedur nicht, und wenn Gries Comm. 1, 242 behauptet, es sei bei uns abseiten des Gerichts bei jeder Eigenthumsübertragung von Immobilien eine Gültigkeitserklärung erforderlich gewesen, so giebt das älteste Resignationenbuch zu einer solchen Behauptung keine Veranlassung, der Ursprung unserer Resignationen macht ihre Annahme nicht nothwendig, und selbst heut zu Tage beschränkt sich die Thätigkeit der Behörde bei der Umschreibung auf die Untersuchung der Legitimation. — Auch die Behauptung von Gries S. 243, daß Verlassung und Umschreibung ursprünglich bei uns ein und derselbe Act gewesen, kann nicht erwiesen werden. Man darf nicht übersehen, daß Verlassungen viel früher Statt

Digitized by Google

Servitut wurde daher auch nur das Rechtsverhältniß zwischen den beiden vor dem Rath anwesenden Personen, dem Resignirenden und dem neuen Berechtigten, festgesetzt, und es stellte sich dadurch die Nothwendigkeit der Bürgschaft, der Gewährleistung heraus, welche die Verhältnisse gegen alle Dritte zu reguliren diente[8]).

---

gefunden, und gesetzlich vorgeschrieben gewesen sind, ehe an Einschreibung gedacht wurde, und daß diese lange Zeit lediglich von der Willkühr der Partheien abhing. Die Nothwendigkeit der Auflassung verlangen 1270 I, 6 und I, 13, ohne der Einschreibung zu erwähnen, was besonders bei dem Zusatz zu 1292 D, 6 (1497 H. 4 vgl. dazu die Glosse p. 247) auffällt. Das Ordel von 1270 I, 17 beweist, daß ursprünglich die Einschreibung nicht durchweg gebräuchlich gewesen sein kann, und wenn ein Zwang ins Stadtbuch einschreiben zu lassen schon 1292 C, 2 § 1 vorkommt, so erscheint damit die Beibehaltung der Bestimmung 1270 I, 7 in 1292 C, 3 und 1497 G, 3 init. im Widerspruch, die trotz 1497 G, 3 in f. wiederholt wird, woraus sich ergiebt, daß selbst damals noch nicht alle Verlassungen eingeschrieben wurden. Der Ausdruck in der Einleitung des ältesten Resignationenbuchs: Anno 1248 conscripta sunt in hoc volumine omnia quae acta sunt coram consulibus in resignatione haereditatum, ist nicht zu urgiren, da der liber memorand. 1369 — 1532 mehrere Resignationen, und der liber resign. 1248 — 1273 mehrere andere Handlungen, z. B. Testamente, Willkühren, Verträge, Concessionen enthält, vgl. Vorträge I, 1, 198 ff. Es ergiebt das älteste Resignationenbuch höchstens, daß damals die Verlassungen sofort nur dann eingetragen sind, wenn die Partheien es verlangten. Aber sie wurden nicht etwa geordnet, sondern chronologisch nach einander geschrieben. Erst als 1292 D, 6 das Princip aufkam, daß was einmal an Erbe und Erbzins im Stadtbuch geschrieben stehe, nur vor dem Rath verändert werden könne, wurde eine Ordnung nach Kirchspielen und sonst nothwendig, um sich zurecht zu finden, und es machte sich bei dem Aufenthalt durch Nachschlagen ꝛc. von selbst, daß Inscriptionen mit den Resignationen nicht verbunden sein konnten, woraus sich der selbst nach Abschaffung der Impugnationen noch bestehende Rechtzustand bildete, und Umschreibung oder Einschreibung zufolge Rath- und Bürgerschlusses vom 29. Jan. 1619 nicht vor drei Tagen nach der Verlassung vorgenommen werden durfte, nachdem der Zweck der Resignationen Schonung des Real-Credits geworden war. Vgl. Anderson Privatr. 2, 336 ff. Cropp Abh. 1, 402.

8) Vgl. meine erwähnten Vorträge § 77 (2, 2, 270 ff.).

Digitized by Google

Es ist hier der Ort nicht, zu erörtern, wie allmälig im Verlauf von sechs Jahrhunderten zuerst die ursprüngliche Veranlassung und der erste Zweck der Resignationen vergessen wurden, wie der Einfluß des Römischen Rechts und der dadurch verbreiteten Begriffe von dinglichen Rechten und ihrer Conglomeration in eine Totalität schon im funfzehnten, vielleicht schon im vierzehnten Jahrhundert den ursprünglichen Zweck der Auflassung in den jetzigen umgewandelt hat, so daß sie jetzt die zuverlässigste Stütze zur Sicherung des öffentlichen Real-Credits abzugeben und die Widersprüche Dritter abzuwehren, bestimmt, daß der Zweck der Verlassung zufolge Statut von 1605 2, 4, 5 (vgl. Cropp Abh. 1, 400) jetzt ist, damit ein Jeder, so dawider zu sprechen hat, solches öffentlich thun, und darauf ferner wie Recht verfahren möge[9]). Es verdient jedoch bemerkt zu werden, daß sich der Receß von 1618, welcher die nach vorheriger Verlassung erfolgten Zuschreibungen von Liegenschaften in der Regel, und von Renten und Pfandposten ohne Ausnahme, sofort, auch Dritten gegenüber, für unanfechtbar erklärte, auf ein bisheriges Herkommen beruft. Wenn es daher wahr wäre, daß im dreizehnten Jahrhundert die Servituten ohne Unterschied allemal, heute zu Tage aber fast gar nicht mehr oder doch selten aufgerufen würden[10]): so müßte man das Eine wie das Andere entweder unbegreiflich finden, oder aus einem steifen Herkommen erklären, was mir Beides unangemessen erscheint, wenn sich eine andere Erklärungsart ermitteln läßt. Diese finde ich aber einfach in dem Satze, daß zu allen Zeiten bei uns Servituten, die sich nach der Bauart und Lage des Grundstücks von selbst verstanden, von denen man also sagen kann, daß sie in die Augen fallen, nicht resignirt und inscribirt zu werden brauchten, und, wenn es nicht etwa aus Eigensinn Einzelner dennoch hin und wieder geschehen sein mag, auch nicht verlassen und radicirt worden sind, gleichwohl aber gegen Dritte vollkommen zu Recht

9) So viel mag hier gesagt werden, daß schon das Ordel von 1270 VII, 2 die Rechtsauffassung veranlaßt haben kann, als ob der Real-Credit sich auf die Einschreibung gründe, wiewohl 1497 G, 3 a. E. nur verlassenen und eingeschriebenen Rechten die Priorität vor allen anderen Realrechten zusicherte.

10) Dies behauptet noch Klefeker 4, 305.

Digitized by Google

beständig waren, daß hingegen ebenfalls zu allen Zeiten andere Servituten, persönliche wie reale, so wie auch Superficiar- und Emphyteut-Verhältnisse, mit einem Worte allerlei dingliche Rechte hin und wieder aufgelassen und eingeschrieben worden sind, und daß, wenn heutiges Tages Servituten-Inscriptionen seltener vorkommen, dies lediglich darin seinen Grund hat, weil man sich darauf beschränkt, sie nur als persönliche Vergünstigungen, als Precarien [1]) zu gestatten, um den Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, welche abseiten der bereits radicirten Realberechtigten gegen solche Auflassungen und Eintragungen in die Stadt-Erbebücher erhoben werden würden. Aus diesen factischen Umständen würde aber weder die gänzliche Unverbindlichkeit nicht inscribirter Servituten, noch auch andrerseits die Gültigkeit derselben ohne Weiteres gefolgert werden können.

§ 4.

Fortsetzung.

Es ist nothwendig, die einzelnen Resignationen des ältesten Erbebuches durchzugehen [1]), um sich davon Ueberzeugung zu verschaffen, daß das § 3 Gesagte vor dem Richterstuhl der Geschichte die Prüfung aushält. Zugleich werden dadurch zur Interpretation dieser alten Urkunde Beiträge geliefert werden.

Die älteste hier in Betracht kommende Resignation erstreckt sich auf eine Real-Servitut, der wir in jenem Buche am häufigsten begegnen. Pag. 8, 18 verkauft und verläßt Heinrich Müller an Lutbert Steding ein Haus an der Straße belegen, und einen Fuß Weges (unum pedem vige, was Herr Dr. Reimarus S. 433 als Schreibfehler der Handschrift für viae ansieht), seinen halben Hof (medietatem curie sue) und den Wasserweg. Diese Wasserweggerechtigkeit (via ad aquam, via aquatica, via aquae [2])) kommt auch vor pag. 16, 6. 29, 23. 30, 1. 33, 2.

---

11) Vgl. Schlüter S. 54.

1) Vgl. hiermit Herrn Dr. Reimarus a. a. O. S. 446 ff.

2) Herr Dr. Reimarus meint, via aquae habe einen Wasserlauf bezeichnet. Ein Unterschied der oben im Text zusammengestellten Ausdrücke geht aber aus den von ihm allegirten Stellen nicht hervor. Pag. 101, 15 wird die via aquae dem jenseits der Straße gelegenen Erbe beigelegt, was ebenso wohl auf einen Wasserweg

Digitized by Google

101, 17. 136, 9. 138, 7. 149, 17. 151, 24 ff. 154, 26. 156, 26. 160, 7. 173, 15. 183, 10. 184, 24. Ja dieser Wasserweg wird auch oft nur theilweise resignirt, so halb p. 10, 19. 27, 16. ein Drittel p. 43, 13, und ebenfalls dreigetheilt p. 151, 24 folgendermaaßen:

> Via que tendit ad aquam eiusdem vie est tertia pars Gherbodonis, secunda pars domini Iohannis Wlfhagen tertia pars ad domos in cornu platee.

Herr Dr. Reimarus hält es mit Recht wahrscheinlich, daß das herrschende Grundstück bei dieser Servitut an der, der Wasserseite entgegengesetzten Straßenseite gelegen haben muß. Wo dies Ufer mit resignirt wird, z. B. p. 57, 10, heißt es ausdrücklich litus quod situm contra domum suam, d. h. das seinem Hause gegenüberliegende Ufer, oder, wie p. 19, 27. 62, 6. 67, 9 ꝛc., Haus mit dem Ufer. Pag. 44, 7 wird der Wasserweg transitus ad aquam genannt.

Aber sehr häufig wird auch nur im Allgemeinen ein Weg resignirt. Dahin rechne ich den Fall p. 50, 20, wo Anno von der Insel dem Dieterich Milter fünf Fuß auf seinem Hofe bis zum Privet resignirt. Pag. 81, 1 ff. erklärt der Hamburger Bürger Volzeke, daß er aus reiner Liberalität den Weg, der sich über den Sanct Nicolai Kirchhof nach der öffentlichen Straße erstreckt, erlaubt habe, es sei dies von ihm mit der Zustimmung des Raths und unter Mitwissen der Juraten und Eingepfarrten von Sanct Nicolai geschehen. Zu mehrerer Bekräftigung ne aliquis factum meum audeat vel possit infringere, hat er dies im Stadtbuche (registrum ciuitatis nostrae) bestätigen lassen, und dürfen überdies die Juraten und Eingepfarrten der Kirche, die die Häuser auf beiden Seiten bewohnen, den Weg so wenig als

---

bezogen werden kann. Ob p. 136, 10 via aquae per canale nicht ein Schreibfehler ist, der aus dem gleich folgenden per domum sich erklärt? Ein Wasserlauf durch den Kanal durch ein Haus würde keinen Sinn haben. Ebenso scheint mir p. 144, 17 transitus aquae ebenfalls ein Wasserweg, und nicht Wasserlauf zu sein. In der Bäckerstraße, von der dort die Rede ist, hat man noch bis zum Brande 1842 sogenannte Flethgänge sehen können. Für Wasserlauf werden wir weiterhin andere Ausdrücke im Resignationenbuche nachweisen.

Digitized by Google

den Kirchhof verſperren oder ſtreitig machen. Vielleicht derſelbe Herr Volzike läßt p. 83, 7 bei Gelegenheit des Verkaufs eines Speichers[3]) anmerken, daß es bei dem Wege, der von der Brücke nach dem Speicher gehe, ſein Verbleiben habe; den ſteinernen Weg, der vor dem Speicher vorbei ans Waſſer geht, zu ſeinem Gebrauch zu verwenden, kann Niemand ihn hindern. Pag. 88, 1 überläßt Johannes von Fluchtenberg an Willikin und Jacob einen Speicher für jährliche zwei Mark Silbers, unter der Bedingung, daß der Weg, der unter dem Speicher durchgeht, zu dem Hauſe des Johannes und zu dem Speicher gehört, und immer ſechs Fuß breit bleiben muß. Pag. 98, 11 wird für ſich ohne weitere Reſignation eines Grundſtücks angemerkt, daß der Weg, der dem Hauſe des Herrn Alard von Bockeſtehude gegenüberliegt, den drei Häuſern des Herrn Ratmar und Werner von Bockeſtehude, und ihres Bruders Alard gehört. Ebenſo wird pag. 101, 9 angemerkt, daß der Weg unter dem Hauſe von Heinrich Steding für ihn und ſeinen Nachbar Hildeward frei, von einem Pfahl zum andern vier Fuß breit, und ſo hoch ſein muß, daß ſie aufrecht hindurchgehen können. Dagegen wird p. 102, 9 ein Hofweg verkauft und reſignirt, p. 131, 10 ein ſteinernes Haus nebſt jenſeits der Straße liegendem Speicher und dem Wege. Pag. 155, 29 wird bei der Reſignation eines Erbes von Frau Menſeth und ihrem Sohne Johannes Kempe an Hartmann angemerkt, daß der Weg dem Hartmann und Diedrich Küper gehöre, aber Hartmann könne ihn überbauen, nur nicht darunter. Pag. 179, 23 reſigniren die Söhne des Magiſters Jacob Steinhauer[4]) an

---

3) Granarium will Herr Dr. Reimarus S. 449 richtiger als Scheune überſetzen, weil man zufolge p. 174, 4 darin auch wohnen könne. Allein wenn damals die Wohnungen ſo ſparſam waren, daß ein Haus in viele Theile zerfiel, und daß z. B. ein Thurm bewohnt wird p. 187, 22. 23, ſo kann es nicht auffallen, wenn Jemand ſich in ſeinem Speicher auch eine Wohnung hatte einrichten laſſen. Auch ein halber Speicher iſt Gegenſtand eines Kaufs pag. 98, 15.

4) Lapicide würde nach der Anſicht des Herrn Dr. Reimarus S. 460 nicht der Zuname ſein, ſondern das Gewerbe bezeichnen, was wenigſtens hier nicht zutrifft. Ueberhaupt ſcheint mir die Conjectur bedenklich, überall wo ein Bäcker, Müller ꝛc. das Prädicat Herr bekommt, anzunehmen, es ſei wirklich einer des Gewerks,

Digitized by Google

den Herrn Heinrich Salsnake Haus und Speicher mit einem kleinen Wege neben dem Letzteren, und pag. 185, 14 resignirt Johannes an Rufus Fuhrmann (portitor) einen Platz und Garten und den dazu gehörigen Weg.

Hinsichtlich der Schleusen und Brücken finden sich mehrere hierher gehörige merkwürdige Resignationen. Pag. 59, 1 ff. errichtet Eler Müller eine Willkühr, wonach er sich die ganze Schleuse und Brücke für immer zu unterhalten anheischig macht, so daß Niemand davon Schaden haben, und er selbst die Schleuse überziehen (supertrahere) soll, wenn er will. Borghard hat ebenfalls vor dem Rath die Willkühr errichtet, daß er selbst die Vorschleuse an der einen Seite vor seinem Erbe unterhalten will, so daß es Niemanden benachtheiligt, ohne Kostenzuschuß von der Stadt. Man erkennt an der ganzen Fassung dieser Willkühren, wie diese Realservitut lediglich zu der Person des Resignanten in Beziehung gesetzt, und nicht als dingliches Recht, was sie doch offenbar sein, und dem Grundstücke selbst ankleben sollte, aufgefaßt wurde. Was unter Ueberzucht zu verstehen ist, ergiebt sich aus dem weiterhin mitzutheilenden Contract mit dem Müller Heinrich Resen deutlicher. Man darf es mit Bedecken nicht verwechseln: dies heißt tegere. So wird pag. 79, 9 ff. gesagt:

---

und zwar der Aelteste, dem diese Auszeichnung zugekommen sei. Das Argument, welches dafür aus dem Umstande hergenommen wird, daß die Umschreibung vorkomme, welcher Riemen schneidet, p. 136, 23 qui incidit corrigias, verliert dadurch seinen Werth, daß doch vermuthlich derselbe Helmwich p. 129, 14. 138, 11. 151, 7 incisor corrigiarum und p. 180, 5 corrigiarius genannt wird, so wie p. 145, 24 ein Friedrich und p. 156, 14 ein Nicolaus corrigiarius vorkommen. Ueberhaupt scheint es gebräuchlich gewesen zu sein, die Zunamen thunlichst ins Lateinische zu übersetzen. Es war vielleicht ein Gelehrtthun mit der todten Sprache. So kommt eine und dieselbe Person mehrmals vor, p. 30, 25 und 26 vgl. 50, 9 mit 54, 4, die bald vos bald vulpis genannt wird. Vergl. meine Vorträge 2, 2, 244. So scheint auch wohl der Johannes dominae Modiken 95, 12. 100, 1. Petrus dominae Sophiae 97, 10. Fridericus dominae Alheidis 96, 18 verstanden werden zu müssen von den Söhnen dieser Damen, so daß man sich filius ausgelassen denken muß, was anderswo ausdrücklich steht, z. B. 23, 1. 33, 16. 36, 4. 40, 7.

Digitized by Google

Die Brücke über das Fleth der Söhne des Herrn Heinrich Bodo ist ihre freie Passage, die sie bedecken (tegere) können, wenn sie wollen. Pag. 134, 5 ff. acceptiren die Frau Alheid, Ehefrau des bereits erwähnten Eler Müller, mit ihrem Vormunde, Herrn Johannes von Thetmarsen, und Nicolaus, ihr Sohn, die Schleuse im Rodigeresmarke (Rödingsmarkt muß also eigentlich heißen Rödigersmarkt) auf solches Eigenthum, wie sie es an der alten Mühle haben, daß, wer dieses Eigenthum besitzt, die Schleuse unterhalten muß, und keine Gefahr (vara vgl. meine Vorträge 1, 1, 208 ff.) von den anliegenden Erben haben soll. Wenn an der Schleuse Etwas defect wird, müssen sie es repariren. Aber die Schleuse selbst darf Niemand überziehen, als mit Bewilligung Desjenigen, dem die Mühle gehört. Geschehen im Jahre des Herrn 1268 am 8. September. Der Vertrag mit Heinrich Resen, dem Müller auf der neuen Mühle, vom 11. August 1270 verdient hier ganz übersetzt zu werden:

Wir Rathmänner von Hamburg haben mit Heinrich Resen, unserem Müller auf der neuen Mühle, uns folgendermaaßen vereinbart: Derselbe Heinrich und seine Erben und Nachfolger, die die neue Mühle besitzen, sollen für ewige Zeiten auf ihre Kosten einen Wächter halten, und einen Wächter wird die Stadt auf dem äussersten Thurm halten, welcher der Berchvrede heißt, belegen auf dem Mühlendamm. Ebenso haben H. selbst und seine Erben und Nachfolger, die im Besitz der Mühle sein werden, den hohen Stadtwall, der hinter dem Hause von H. liegt, zu unterhalten, und mit Pfählen und sonst zu versehen, daß er nicht von dem Alsterstrom zerstört wird. Auch haben sie um den Wall bis zu der steinernen Kammer (Gewölbe) der Geistlichen einen Zaun zu legen, damit das Vieh nicht hinaufsteigen und den Wall beschädigen kann. Und damit dies Alles von besagtem H. und seinen Erben und Nachfolgern als Besitzern besagter Mühle für immer beobachtet werde, haben wir ihnen erwähnten Wall und das Gras darauf zu ihrem Vortheil und Nutzen überlassen, unter der Bedingung, daß ihr Vieh, als Lämmer, Schaafe, Ziegen, Hirschkühe und Rehe darauf zwar weiden dürfen, ohne jedoch den Wall zu beschädigen, und haben wir zu dem Ende ihnen den Wall eingeräumt, der neben dem Hause desselbigen H. und neben dem Mauerthor liegt, worauf H. seine Wohnungen gebaut

Digitized by Google

hat. Das Mauerthor, welches nach der Mühle führt, darf niemals verschlossen werden, wenn es nicht der Stadt Nothdurft erfordert. Auf den Mühlendamm darf Niemand sein Holz ohne Erlaubniß des Müllers legen. Aber einen Fuß weit vom Damm (super pedem dammonis) kann Jedermann sein Holz legen. Balken und anderes großes Holz darf nicht über den Damm gezogen werden, ausser auf der Stelle, die ouerthucht heißt, welche ouerthucht der Müller für immer machen, und die Allen frei sein wird. Kleineres Holz, das getragen und geworfen werden kann, kann Jeder auf dem Damm aufstellen, wo er will, aber es darf nur zwei Tage lagern, damit der Müller und der Damm keinen Schaden und Nachtheil davon haben, Nothfälle ausgenommen, aber auch dann der Mühle unbeschadet. Wollen H. und seine Nachfolger als Besitzer der Mühle nicht länger an diese Verabredung gebunden sein, so ist der Wall, so wie er ihn erhalten, und auf dem er von dem Thor ab gebauet hat, vom Müller an die Stadt zurückzuliefern, und brauchen dann die Vorschriften nicht weiter gehalten zu werden.

§ 5.

Fortsetzung.

Einer Rinne, fundibulum quod runne dicitur, wird p. 154, 9 gedacht, die Dieterich von Swolle, dem zwei Häuser und ein Ufer (Platz am Wasser) resignirt werden, auf eigene Kosten zu machen hat. Wedeco Münzer[1]), welcher p. 183, 7 ff. an Lambert von

1) Herr Dr. Reimarus übersetzt monetarius mit Wechsler S. 450 oben, und versteht die Stellen pag. 45, l. 69, 6. 163, 20, also auch vermuthlich 163, 23 von wirklichen Wechslern. Allein auch hier halte ich wie § 4 Anm. 4 theils es für bedenklich, das monetarius für etwas Anders als den sonst nur selten weggelassenen bloßen Zunamen zu verstehen, theils würde ich monetarius Münzer übersetzen, weil ich es sonst von campsor nicht zu unterscheiden weiß, welche Ausdrücke doch sehr bestimmt unterschieden werden, und weil der Sprachgebrauch monetarius für Wechsler mir nicht erwiesen scheint. So dürfte auch die area iuxta Monetarios p. 52, 3 den Platz bei der Münze bezeichnen, und bei dem Umstande, daß er von dem Rath an Thymo monetarius resignirt wird, es sich zufällig treffen, wenn ein Mann Namens Münzer einen Platz neben der Münze erwirbt. Daß Hamburg schon in

Digitized by Google

Groningen eine Koppel, einen Garten und das unterhalb gelegene Land resignirt, verpflichtet sich den Weg, der Wateringhe heißt, ohne Lambert's Kosten für immer zu unterhalten.

Oefters kommt ein Siel vor. Nach pag. 98, 9 soll das Siel, welches zwischen den Häusern der bereits (§ 4) erwähnten Ratmar und Werner von Bockestehude liegt, für ewige Zeiten bleiben; ein anderes, welches durch das Haus des Herrn Helmwig geht, muß, wenn es ramponirt wird, zufolge pag. 100, 13 ohne Kosten der Erben wieder gemacht werden, und müssen dies Diejenigen beschaffen, die von beiden Seiten dazu gehören. Ein Siel, das zwischen der Frau Christine von Hurar und Herrn Lambert von Groningen liegt, soll vnverbuwet bleiben pag. 101, 19 ff. Als Herr Luder von Haren pag. 151, 22 ff. an Gherbodon Schneider ein Haus in der neuen Bäckerstraße neben dem Hause des Herrn Johannes Wulfhagen und dem Hause von Snoyghe resignirt, wird angemerkt, daß Siel und Privet dem Gherbodon und den Brüdern von Wulfhagen gehören. Bei der Auflassung eines andern Erbes wird pag. 177, 14 angemerkt, daß das Siel desselben ohne Jemandes Widerspruch und ohne Schaden des Erbes reparirt werden muß, vermuthlich von den Verkäufern selbst. Auch wird p. 186, 5 eines Siels gedacht, das Nicolaus, Nanno's Sohn, in seinem Garten im Hosterbrok angelegt hat, und wahrscheinlich wird ihm dafür ein Jahreszins, den er bisher von dem Garten hatte erlegen müssen, unter Zustimmung von Schulzen und Gemeinde des Hosterbroks erlassen.

In der bereits erwähnten Auflassung p. 83, 6 ff., wo Herr Volzike an Dietrich von Lüneburg einen Speicher verkauft, heißt es: Via domini Thideri & virga, que dicitur Sothrode ad-

---

der Mitte des dreizehnten Jahrhunderts eine eigene Münzgerechtigkeit ausübte, ist unbestritten. Vgl. Lappenberg's Jubiläumsprogramm S. 12. Dort ersehen wir auch S. 51 Anm. 26, daß die Wechselbänke auf der Trostesbrücke dem Rathhause gegenüber den Wechslern ursprünglich vom Rathe verliehen wurden. Kann freilich es erwiesen werden, daß der Timmo campsor, dem p. 131, 2 ein Speicher gegenüber liegt, mit dem Thymo monetarius eine und dieselbe Person gewesen, so würde allerdings dies für Herrn Dr. Reimarus entscheidend sein.

Digitized by Google

haerebit ipsi granario sicut prius [1]). Herr Dr. Reimarus S. 451 scheint virga (Ruthe) mit Sothrode für tautolog zu nehmen. Ich sollte meinen, es sei hier von dem Platze für ein Sood die Rede, dessen Größe eine Ruthe gewesen. So kommt in Resignationen von 1413, die Schlüter S. 68 ff. mittheilt, ein Antheil Soot Roden, und daselbst S. 66 in einer Resignation von 1447 ein Soetstuhl und Soetschwengel vor, den Jemand freihaben soll.

Hinsichtlich des im Statut von 1605 2, 20, 8 ausführlich behandelten Fensterrechts (vgl. Gries Comm. 2, 94 und die dort erwähnten Präjudicate) findet sich pag. 75, 16 ff. die Anmerkung, als die Märkte, welche Eigenthum von Johannes Ecbert gewesen waren, zum Nutzen der Stadt übernommen und bezahlt wurden, daß kein Fenster vom Hause des Johannes aus angelegt werden darf, welches weiter als ein Fuß von dem Grunde des Hauses ausschlägt, wogegen auch weder von der Stadt noch sonst Jemandem vor seinem Hause ein Gebäude, das diesem hinderlich sein könnte (quod possit ipsam impedire), aufgeführt werden soll. — Hierher gehört auch die Resignation von 3 Fach Fenstern pag. 99, 7 ff. mit welcher wir uns schon einmal (im zweiten Bande der Vortr.) beschäftigt haben. Dietrich Bulle wirkte sie sich von dem Rath auf der Trostbrücke für 3 Mark Silber jährlich erblich aus, und der Raum sollte so lang und breit sein, wie bei seinem Nachbar Widekind. — Endlich errichten p. 139, 17 ff. Herr Albert von der Mühlenbrücke und sein Sohn Johannes eine Willkühr, wonach der zwischen ihren Häusern befindliche Raum niemals von ihnen ohne beiderseitigen Consens bebauet werden soll.

Sonstige Bau-Servituten sind folgende: Pag. 60, 17 wird bemerkt, als Herr Leo an Lorenz und Heinrich zwei neue Häuser resignirt, daß Werner von jener Seite keine Stendere haben soll. Derselbe Herr Leo erklärt pag. 61, 8 ff. vor dem Rath, daß die steinerne Wand, zwischen Browin und ihm, ganz allein dem Browin und nicht ihm gehört, so wie auch der Grund unter der Mauer. Heinrich von Barenvelt einigt sich pag. 87, 13

1) Müller a. a. O. 8, 9 läßt sich auf eine weitere Erläuterung dieser schwierigen Stelle nicht ein.

Digitized by Google

mit dem Rath dahin, daß sein Haus an der Alster sein erblich bleiben soll, und er es wie die Nachbarhäuser bauen muß. Johannes Cadenberg erhält pag. 87, 20 vom Rath einen Platz, dem Hause des Gewaltboden (praeco vgl. die früheren Vorträge) in der Neustadt gegenüber, unter der Bedingung, daß Niemand vor diesem Platze bauen darf. Ebenso erhält pag. 115, 26 Johannes von Rokesberg für 4 Solidi die Gerechtigkeit, daß Niemand sein Erbe neben der Reynersbrücke (welche jetzt Reimersbrücke heißt) vorbauen darf. Pag. 21, 4 ff. errichten Werner von Ertenaburg und Volbert, dem jener das von ihm bewohnte Haus am Bäckermarkt resignirt, vor dem Rath eine Willkühr, daß Niemand neben dem Hause oder hinten am Hofe bis zum Wasser bauen darf.

Hier müssen auch die vier Fälle erwähnt werden, wo über die gemeinschaftliche Wand Bestimmungen vorkommen, die, wenn sie auch nicht eigentliche Servituten anordnen, doch dergleichen nothwendig voraussetzen, und daher einen Beweis abgeben, daß Servituten existirt haben, und anerkannt worden sein müssen. So wird angemerkt p. 131, 3, als Herr Gottschalk vom Nesse dem Herrn Johannes von Bergen einen Speicher aufläßt, welcher an der Ecke nach dem Geldwechsler (campsor vgl. S. 49 Anm.) Timmo hinliegt, die Mittelwand gehöre zu beiden Speichern. Bei der Resignation eines Hauses heißt es pag. 151, 3 cum utraque parte muri. Pag. 154, 5 ff. resignirt Heinrich Verdewardi an Dietrich von Swolle zwei Häuser und ein Ufer, wie dieses denn öfter der Gegenstand von Verlassungen ist, offenbar wegen der Wassergelegenheit [2]). Da heißt es denn: Diese Häuser

2) Vgl. die Stellen bei Herrn Dr. Reimarus S. 452 Anm. 5, die aber um viele vermehrt werden können. Besonders scheinen mir noch folgende Resignationen hier einer besonderen Erwähnung werth zu sein. Pag. 148, 20 ff. resignirt Bruno an Reiner von Stovrien das Ufer vor seinem Hause, wobei sich Reiner verpflichtet, es aufzumauern. Zugleich läßt er sich von Thibbeca, des Walhard Wittwe, und ihrem Tutor, Herrn Bernhard von Bucstehuhde, ebenfalls ein Ufer resigniren, bei welchem er sich für die Unterhaltung der Mauer verbindet. Pag. 43, 15 kommt der Fall vor, daß Werner von Ertneburg der Frau Ebbe eine Ruthe in aqua, und ebenso an Gerward sechs Ruthen (virgas) aufläßt, wo man

Digitized by Google

sind auf drei Wänden gebaut. Wenn Dietrich das Ufer bebauen will, so steht es ihm frei, auf die Speicherwand zu bauen. Bei der Resignation eines andern Hauses pag. 166, 2 wird gesagt, die Mitte, Stendaren genannt, müsse so getheilt werden, wie sie gelegen sei.

Endlich findet sich pag. 124, 1 ff. eine Servitut, die aus einem alten Sächsischen, noch heute bestehenden Gebrauch sich erläutert. Johannes von Rokesberg, der Vormund des minderjährigen (puer) Heinrich Huneken und Friedrich von Roden haben sich vor dem Rath dahin vereinbart, daß der Zaun, den Friedrich hinter seinem Hause angelegt hat, für immer so, wie er jetzt ist, bestehen und dauern soll. Er wird nach Sachsenssp. 2, 50 a. E. die Aeste in seinen Hof gekehrt haben. Das Einzige, was hier auffallen könnte, wäre, daß ausdrücklich ausgemacht wird, was sich nach der Rechtsgewohnheit von selbst verstand. Es läßt sich daher vermuthen, daß Friedrich von Roden, der die Erlaubniß sich auswirkte, einen Zaun zu ziehen, dafür auch die Verpflichtung übernahm, ihn niemals nicht nur wieder wegzunehmen, sondern in derselben Art zu lassen, wie er ihn jetzt angelegt hatte, daß somit nicht auf seine Verpflichtung an sich, sondern auf die Art und Weise der Unterhaltung des Zauns die Resignation gerichtet sein sollte, die sonst überflüssig gewesen wäre.

Auf Servituten mag auch etwa die Resignation bezogen werden, pag. 13, 5, wo Volquard an Dietrich Bussel den dritten Theil seines Hauses cum omnibus attinenciis und pag. 23, 10, wo Wilhelm Crano an Herrn Gode ein steinernes Haus cum eisdem attinenciis resignirt, ferner pag. 13, 15, wo Elward Unerschrocken an Ricbodon und die Ehefrau von Friedrich Corde sein ganzes Erbe ausdrücklich dahin, was sonst nicht erwähnt

---

Herrn Dr. Reimarus Bemerkung S. 451, daß die virga schwerlich so groß gewesen sein kann, als die heutige Ruthe, beherzigen muß, und auch die Resignation von einer Auflassung des Landes am Wasser verstehen kann. Vielleicht erläutert sich dies aus einer andern Auflassung pag. 174, 21 ff., wo Wolter von Marsen an Thedeco Weiß ein Ufer verläßt, neben Herrn Thedo, mit drei Fuß, die beständig auf das Wasser an der Seite des Erbes dieses Thedo hinausragen (protendere) sollen.

Digitized by Google

wird, auflässt, ut tali conditione possideant, sicut ipse Elwardus possedit a domino Hardewico de Ertenaburg.

Pag. 183, 20 ff. kommt auch eine Personal-Servitut vor. Lambert Ybing resignirt seinem Schwiegersohn Reyner ein Haus sub hac forma, quod idem Lambertus, quam diu vixerit, recipiet proventus ipsius domus, et emendabit, quicquid in ea fuerit emendandum, et quicquid in ea damni acciderit refundet ipse Lambertus.

§ 6.

Späterer Rechtszustand.

Dies ist das meines Erachtens vollständige Verzeichniß aller Servituten, die sich in dem ältesten Stadt-Erbebuche angemerkt finden. Ich überlasse es nun der Entscheidung eines Jeden, ob es an sich denkbar ist, daß in einem Zeitraum von 26 Jahren, nämlich von 1248 bis 1274, und bei einer, nach ungefährem Ueberschlage anzunehmenden Anzahl von mehr als sechszehnhundert abgesonderten, wirklichen Resignationen, bei denen die Servituten nicht etwa im Anfange oder im Verlaufe der Zeit mehr oder weniger vorkommen, sondern ungefähr gleichmäßig sich vertheilen, nicht mehr Servituten errichtet sein sollten, und ob aus denjenigen Servituten, die man für passend fand ausdrücklich anzumerken, sich schließen läßt, daß es andere gar nicht gegeben habe. Vielmehr läßt sich bei jeder förmlichen Resignation, wo einer Servitut oder eines Servitut ähnlichen Rechtsverhältnisses gedacht wird, sagen, daß sie keineswegs ersichtlich, keineswegs absolut nothwendig, keineswegs ohne besondere Erwähnung unstreitig und unzweifelhaft gewesen sein würde, vielleicht auch, daß man im Allgemeinen oder die Contrahenten insbesondre sie nicht dafür angesehen und gehalten haben. Hieraus scheint aber der Schluß nicht zu gewagt zu sein, daß das Verhältniß in Hinsicht auf Servituten von den ältesten Zeiten unserer Resignationen und Inscriptionen bis auf die neuste unverändert geblieben ist. Es muß als ein Irrthum angesehen werden, wenn Schlüter, Müller und Klefeker behaupten, es habe sich im Laufe der Zeiten hier irgend Etwas anders gestaltet. Aus Anderson's Anleitung wegen Zuschreibung von Grundstücken oder Geldern Hamb. 1810. 8. S. 105 ff. ergiebt sich sogar, daß noch in

Digitized by Google

diesem Jahrhundert in den Stadt-Erbebüchern Servituten angemerkt worden sind[1]).

§ 7.

Heutiger Rechtszustand.

Nach diesen Voraussetzungen kann man nun einen Schritt weiter gehen. Es darf, wie bereits § 3 erwähnt, nicht für die neuere Zeit in Zweifel gezogen werden, daß unsere Verlassungen und Inscriptionen den Zweck haben, den öffentlichen Realcredit zu befördern, und daß die Rechtsverhältnisse, welche diesem Zweck ihr Dasein verdanken, als ein wirklich nationell Germanisches Recht angesehen werden müssen, bei welchem also Römische Rechtsgrundsätze und gewiß ihre Rechts-Institute ausser allem Einflusse bleiben. Es soll, wer Geld hergiebt, wofür er sich ein Realrecht an einem Grundstücke constituiren, und dasselbe in den Hypothekenbüchern zuschreiben läßt, davor absolut gesichert sein, daß weder Realrechte existiren, die vor ihm an dem Grundstücke und bei dessen Realisirung an dessen Werthe einen Vorzug rechtlich geltend machen können, ausser solchen, die das Stadt-Erbebuch oder der Augenschein an dem Grundstücke selbst ergiebt, noch daß in der Machtvollkommenheit des Besitzers des Grundstücks oder in dessen Verhältnissen zu Dritten die Möglichkeit enthalten sein darf, es könnte ein Realrecht entstehen, das der Sicherheit des erwähnten Darleihers präjudicirlich sein oder werden könnte.

In diesem Umfange kann man sich die Bemerkung eines der gelehrtesten Kenner unseres Rechts vollständig aneignen[1]), die dahin geht: „Der öffentliche Realcredit des Germanischen Rechts beruhe wesentlich darauf, daß Veräusserungen und Verpfändungen von Immobilien offenkundig und unter öffentlicher Autorität vorgenommen werden, und daß man öffentliche Bücher habe, worin wenigstens (NB.) die Eigenthums- und Pfandrechte an den Immobilien zu Jedermanns Wissenschaft verzeichnet stehen. Mit diesem Princip sei die Zulassung von Privatpfandrechten vereinbar, nur müsse deren Wirksamkeit Dritten gegenüber so eingeschränkt werden, daß darunter der öffentliche Realcredit nicht leide."

---

1) Vgl. Anderson Hamb. Privatr. 2, 304.
1) Cropp Abh. 1, 387 ff.

Digitized by Google

§ 8.

Fortsetzung.

Aber es scheint kein Grund vorhanden zu sein, welcher hier berechtigte, das Princip der absoluten Sicherung des öffentlichen Realcredits in seiner Anwendung auf die Weise zu beschränken, wie Cropp es gethan hat. Es mag möglich sein, daß er bei der Aufstellung dieser Grundsätze nicht speciell auf Servituten oder sonstige Realrechte ausser Eigenthum und Pfandrecht Rücksicht genommen hat. Allein nur wenn man das von Cropp Gesagte auf alle Realrechte ausdehnt, kommt das erwähnte Princip zu seiner wahren und vollständigen Geltung. Privat-Realrechte an sich zu gestatten und für zulässig zu erklären, ist allerdings mit jenem Princip sehr wohl verträglich. Aber den öffentlichen Realberechtigten gegenüber müssen sie unbedingt zurücktreten, wenn das Princip seine Geltung in der nothwendigen Maaße haben soll. Es kann gar kein Bedenken finden, zu gestatten, daß Privat-Servituten constituirt werden oder sonst entstehen, denen rechtliche Wirkung beiwohnt, oder zugeschrieben werden mag. Aber diese rechtliche Wirkung darf nicht dahin ausgedehnt werden, daß darunter die öffentlichen Realberechtigten leiden, zu welchen nach dem bisher Ermittelten nicht blos Diejenigen zu rechnen sind, deren Recht im Hypothekenbuche angemerkt, sondern auch Alle, deren Realrecht sonst sichtbar und als nothwendig vorhanden anzunehmen ist[1]).

1) Es ist in neuester Zeit neben dem unstreitig gesetzlichen Princip der öffentlichen Resignationen, der höchstmöglichen Sicherung des öffentlichen Realcredits auch noch eine andere Rücksicht geltend gemacht worden, die bei dem Hypothekenwesen in Betracht kommen müsse, und der die Verlassungen hinderlich seien, nämlich die Beförderung des Verkehrs. Allein es darf dabei nicht übersehen werden, daß die Uebertreibung dieses Verkehrs mit Grundstücken und darin radicirten Geldposten so große Gefahren hat, wie die Vortheile desselben sie für das Gemeinwesen nicht aufwiegen, und daß diese Rücksicht durchaus in den Hintergrund treten muß, wenn der öffentliche Realcredit dabei betheiligt wird. Die radikalen Hypothek-Reformisten mögen dies erwägen, und bedenken, daß sie zwar eines Theils die wohlthätigen Wirkungen unseres bisherigen einfachen Hypothekwesens wollen, aber die einzige rechtliche Ursache, Dritter Vorrechte zu präcludiren, mit der Aufhebung der Verlassungen abschneiden, andern Theils die Oeffentlichkeit dieser

Digitized by Google

§ 9.

Weitere Begründung dieses heutigen Rechtszustandes.

Es läßt sich in unseren Statuten speciell nachweisen, daß sie dem oben in seiner vollständigen Anwendung aufgestellten Princip oder dieser Anwendung nicht fremd sind [1]); vielmehr wird es möglich sein, auszuführen, daß sie der Entwickelung dieses Princips beförderlich gewesen sind, und die Elemente desselben in ihnen zum Theil selbst von den ältesten Zeiten unserer topischen Codification her gelegen haben. Ich begnüge mich hier namentlich ein altes Ordel hervorzuheben, das darum grade merkwürdig ist, weil seine Fassung vom Sachsenspiegel abweicht, und grade diese Fassung sich nur in unserem topischen Rechte und, mit alleiniger Ausnahme des Rigischen Rechts, das überhaupt alle Bestimmungen unseres achten Stücks von 1270 nicht recipirt hat, in allen Tochterrechten unseres Statuts von 1270 wiederfindet.

Es heißt am Schlusse von 1270 VIII, 2:

> Storue oc de here ofte de vrouwe, deme denste schal men also vele geuen, also he uppe de tit vordenet hadde. Willent oc de eruen, he schal vul denen vnde nemen vul lon.

---

gerichtlichen Handlungen mit der Zeitungs-Publicität verwechseln, die damit nicht conform, und gewiß recht sehr bedenklich ist. Kellinghusen's Vermittlungsvorschlag (vgl. dessen § 3 Anm. 4 erwähnte Schrift) befriedigt gewiß alle billigen Wünsche, wie der Verfasser mit Recht sagt, und es ist zu hoffen, daß er mit Entschiedenheit fortfahren möge, ausser dieser einzig statthaften Reform die Verlassungen in Schutz zu nehmen, bis auch hier Kenntniß und Besonnenheit die für legislative Veränderungen nothwendige richtige Stimmung herbeigeführt haben werden.

1) Cropp bemerkt Abh. 1, 371 vgl. S. 390 ff., es scheine zur Gültigkeit der Hypotheken in Hamburg ursprünglich eine förmliche Verlassung nicht grade nothwendig gewesen zu sein, sie sei aber nicht selten wegen des sicheren Beweises und wegen des wenigstens später (Statut von 1497 G, 3 a. E. 1605 2, 5, 1 Billwärder Recht Art. 39) damit verbundenen Vorzuges vor anderen Hypotheken geschehen. In dieser Bemerkung muß ich Dasjenige weglassen, was von dem ursprünglichen Zweck der Verlassung gesagt wird (s. oben § 3), so wie es mir sehr zweifelhaft scheint, ob der Vorzug nicht von Anfang an seit Einführung der Verlassungen und gerichtlichen Einzeichnungen existirt habe.

Digitized by Google

Wörtlich ebenso 1292 K, 2. 1497 F, 3, auch dem hier wesentlichen Inhalte nach 1605 2, 9, 5, ferner Stat. Stad. VIII, 2 (Puf. I app. p. 218) Verd. 123 (Puf. I app. p. 116) Brem. d. a. 1433 Stat. 74 (Oelr. p. 482) Lub. Hach. III, 347.

Dagegen sagt der Sachsenspiegel I, 22, 2:

> Van dem erue sal man aller irst gelden dem ingesinde ir verdenede lon, als in gebort bit an den dach dat ir herre starf; vnde man sal sie halden bit an den drittegesten, dat sie sik mogen bestaden; wil aver die erve, sie solen vuldenen unde vullen untvan.

Nun ist es gewiß sehr merkwürdig, daß unser altes Billwärder Recht Art. 43 das Princip des Sachsenspiegels, daß der Gesindelohn (Lietlohn), hier wenigstens nach den öffentlichen Abgaben, vorweg vor allen Schulden berichtigt werden soll, beibehalten, daß sich dasselbe Princip in Holstein und auch sonst [1]) bis auf die neuste Zeit, zum Präjudiz der ingrossirten Hypothekgläubiger und des dortigen öffentlichen Realcredits behauptet, daß es aber weder bei uns noch in irgend einer der Städte, die unser oder dasjenige Lübische Recht, welches das unsrige mitenthält, angenommen hat, sich geltend gemacht, und dafür bestimmt unsere hiesige neue Falliten-Ordnung vom 31. August 1753 Art. 22 Num. 3 sub (4) ausgesprochen hat, daß der rückständige Sold aller Dienstboten als eine, aber blos aus der Masse selbst, zu der nur der Ueberschuß der Immobilien nach Befriedigung aller, auch der nicht inscribirten Realansprüche gehört, zu berichtigende privilegirte Schuld zu betrachten sei. Es läßt sich auch in unserer ganzen Rechtsgeschichte keine Spur

---

1) Vgl. Schweppe System des Concurses Ausg. 2 S. 117 ff. Sonderbar ist es, daß Schrader Lehrb. d. Schlesw.-Holsteinischen Landesrechte Th. 2 Abth. 2 S. 381 und Mölling Holsteinisches Gesinderecht Oldenb. 1832 S. 233 ff. dieses bedeutenden Rechts des Gesindes gar nicht gedenken. Von Falck's vortrefflichem Handbuch des Schlesw.-Holst. Privatrechts entbehren wir leider noch immer die beiden letzten Bände, in denen auch das Gesinderecht abgehandelt werden muß. (Beim etwas verspäteten Abdruck dieser Anmerkung war die erste Abtheilung des fünften erschienen, und wir wünschen dem theuren Verfasser Leben und Gesundheit, auch zur ferneren Fortsetzung seines lehrreichen Werkes.)

Digitized by Google

antreffen, daß das Princip, Gesindelohn genieße vor den Realansprüchen einen Vorzug, irgend einmal vertheidigt oder gar mit Erfolg geltend gemacht worden wäre. Es hindert uns also durchaus Nichts anzunehmen, daß man hier von den ältesten Zeiten her bei uns die Realrechte und den Realcredit selbst im Widerspruch mit dem Landrechte in besonderem Schutz gehalten hat.

§ 10.

Fortsetzung.

Aber auch sonst läßt es sich bei uns nachweisen, daß den Privatverpflichtungen des hypothekarischen Schuldners niemals die Wirkung beigelegt worden ist, den Werth bekannter oder radicirter Realansprüche zu beeinträchtigen. Es braucht hier nur an das Recht der inscribirten Hypothekgläubiger erinnert zu werden, sich wegen der Zinsen an die verfallene Miethe zu halten, welches Recht um so bedeutender erscheint, da niemals oder doch höchst selten in unseren Stadtrentebüchern der Zinszahlung gedacht wird, die Zinsen also zu den Realansprüchen gehören, von denen in der Regel nur gesagt werden kann, daß sie sich, wie manche Servituten, von selbst verstehen. Dies Recht geht bekanntlich und ging von jeher so weit, daß der Miethsmann nicht vor Verfallzeit die Miethe bezahlen darf, selbst dann nicht, wenn er sich zur Pränumeration contractlich gegen den Vermiether verpflichtet hat. Ja Miethecontracte, welche den Rechten der Hypothekgläubiger zum Nachtheil gereichen, werden für unwirksam erklärt. Nach dem Stadtrecht von 1605 2, 9, 13 soll ein mehrjähriger Hauercontract, der errichtet wurde, ehe der Vermiether das Grundstück verpfändete, verkaufte, oder sonst alienirte, selbst nachher aufrecht erhalten bleiben, und die Alienation dem Häurer an seinem Rechte unverfänglich sein. Hiernach würden nur ältere radicirte Hypotheken dem Hauercontract, sobald er ihnen ungünstig ist, sich widersetzen können. Allein die Gerichte haben in S. Curatores bonorum Sammann c. Petersen allgemein anerkannt, daß, wenn die Zinsen der inscribirten Capitalien, die Abgaben und die durchschnittlichen nothwendigen Reparaturen sich höher als die contractliche Miethe belaufen, der Miethecontract zu cassiren sei, eine Ansicht, die namentlich das Ober-Appellationsgericht am 26. October 1830

Digitized by Google

in ihrer ganzen Ausdehnung anerkannt hat, vgl. Gries Comm. I, 338 ff. Hiernach würden, und zwar dem Princip des Realcredits gemäß, auch die nach Errichtung des Miethecontracts inſcribirten Hypothekgläubiger ſich den ſchädlichen Contract nicht gefallen zu laſſen brauchen. Schon Müller a. a. O. Abh. 7 S. 61 ff. hat von der Wirkſamkeit der Hauercontracte gehandelt, worin eine zu geringe Miethe ſtipulirt worden iſt, und meint S. 73 ebenfalls, daß bei Beurtheilung dieſer Frage die Betheiligung der Hypothekgläubiger und die merkliche Schwächung des Credits der publiken Hypotheken in Betracht komme, geräth aber daher und aus andern Gründen auf das wunderliche Reſultat, daß Miethecontracte höchſtens auf zehn Jahre, nicht länger, und gewiß nicht auf Lebenszeit des Miethers errichtet werden dürften.

§ 11.

Fortſetzung.

Verjährung der Servituten.

Nun ſcheint allerdings wenigſtens ein Geſetz aus dem ſiebzehnten Jahrhundert dem Princip von der abſoluten Sicherung des Realcredits durch Verlaſſung und Inſcription gradezu im Wege zu ſein. Nachdem nämlich das Statut von 1497 zuerſt G, 3 a. E. beſtimmt ausgeſprochen hatte:

> Wat auerſt vor deme rade vorlaten vnde in der ſtad bock geſchreuen ſteyt, dat gheyt vor alle ſegele vnde breue, edder rowelyke langhe beſyttynge, der me ghenetet na ſegelen vnde breuen, de er ankumpſt vnde recht vormelden vnde medebryngen:

ſo beſtimmt das Stadtrecht von 1605 I, 21, 3:

> Ebenermaaßen ſoll es auch mit Verjährung einer Servitut oder Dienſtbarkeit, und ſonſt aller anderen Frei-Recht- und Gerechtigkeiten, wie die Namen haben mögen, auch ohne einigen Unterſchied, ob die causam[1]) continuam vel discontinuam, einen ſtets währenden oder zu Zeiten ruhenden Gebrauch haben, gehalten werden, daß, wenn nämlich Jemand dieſelbe bei einem Andern oder in eines Andern Erbe und Eigenthum, mit deſſen Vorbewußt und

1) H. Müller a. a. O. Abh. 8 S. 41 lieſt für causam: usum.

Digitized by Google

> Zulassung, die Zeit über, so nächst hier bevor von unbeweglichen Gütern gesetzt, nach einer jeden Servitut, Libertät oder iuris Art und Gelegenheit unverhindert hergebracht, alsdann dabei ruhiglich gelassen, und nicht allein von deswegen angestellter Klage soll loserkannt werden, besondern auch solche präscribirte Servitut, Frei- und Gerechtigkeit klagend zu fordern und zu vindiciren Macht haben, wofern anders keine mala fides und bös Gewissen des Präscribenten von dem Gegentheil gebührlich beigebracht und erwiesen würde.

Nun sollte man freilich aus der Fassung dieses neusten Gesetzes annehmen können, daß zur Ersitzung einer Servitut nur Vorbewußt und Zulassung des Grundeigenthümers des dienenden Grundstücks ausser den sonstigen Präscriptions-Erfordernissen gesetzlich verlangt würde, daß also der Erwerber selbst der, für die sonstigen Realberechtigten, namentlich für die Hypothekgläubiger präjudicirlichsten Servitut diese alsdann würde geltend machen dürfen. Man könnte für eine solche Annahme noch einen weiteren gesetzlichen Anhalt in dem Artikel von 1605 2, 8, 18 finden, wo es heißt:

> So Einer sein Gut zwei Personen zu unterschiedlicher Zeit absonderlich verkauft, und folgends Streit vorfällt, daß sie es Beide haben wollen: so soll das Gut bei Dem bleiben, so desselbigen Possession und Besitz ohne Betrug erlangt —.

Es ließe sich also schließen, daß das Gesetz den Besitzstand so sehr anerkennt, um, wenn Jemand unter Vorbewußt und Zulassung des Eigenthümers des dienenden Grundstücks eine Servitut durch Verjährung erlangt hätte und im Besitze derselben ohne gegen die Hypothekgläubiger verübten Betrug wäre, ihm vor diesen einen Vorzug einzuräumen. Nun hat aber Cropp Abh. 1, 411 als das Resultat für die neuere Hamburgische Rechtsgeschichte ermittelt, und ein Ober-Appellationsgerichtliches Präjudicat von 1827 bestätigt, daß stillschweigende Privat-Hypotheken ihre dingliche Natur und ihre Wirksamkeit gegen Dritte als wahre Pfandrechte verlieren, wenn sie nicht nach der Verlassung und vor der Zuschreibung des Erbes im Stadt-Erbebuche geltend

Digitized by Google

gemacht werden. Es ist aber kein Grund vorhanden, Servituten vor Hypotheken einen Vorzug einzuräumen, und wenn es im Stadtrecht von 1603 2, 5, 1 heißt:

> Wenn wegen Vorzugs der Gläubiger Streit vorfällt, so soll zuvörderst was vor dem Rathe verlassen, und in das Stadtbuch verzeichnet worden, allen anderen Verpfändungen, so nicht vor dem Rathe geschehen und eingeschrieben, vorgezogen werden,

so kann man hier gewiß ganz unbedenklich für Verpfändungen den generellen Ausdruck Realrechte substituiren, die nicht etwa eine absolute Nothwendigkeit in sich tragen.

Somit ergiebt sich für die Exegese des fraglichen Art. 1, 21, 3 das von der früheren Legislation am wenigsten abweichende, auch durch den Receß von 1618 gerechtfertigte Resultat, daß Servituten nicht anders ersessen werden können, als mit Vorbewußt und Zulassung der Realberechtigten überhaupt, und daß die Präscription des Art. 3 nur dem Eigenthümer gegenüber geltend gemacht werden kann, mithin ein eigentliches, gegen alle Dritte wirksames Realrecht keineswegs erzeugt.

§ 12.

Das neuste Niedergerichtliche Präjudicat von 1845.

Nach den voranstehenden Erörterungen wird es möglich sein, sich über die Kritik des neusten Erkenntnisses des Niedergerichts in dieser Materie zu verständigen.

Nach diesem Erkenntnisse vom 3. October 1845 in Sachen Cur. bon. Fränckel ꝛc. c. Hallier Wittwe ist bei der Frage, ob nach jetzigem topischem Rechte zur gültigen Erwerbung einer Real-Servitut deren Constituirung durch den Eigenthümer des dienenden Grundstücks genüge, oder ob dazu noch etwas Weiteres, namentlich Inscription in die Hypothekenbücher und Consens der Hypothek-Gläubiger erfordert werde, zu erwägen:

1. Daß im Verhältniß zu dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks daraus, daß im Art. 60 der Neuen Falliten-Ordnung Inhaber von Servituten nicht ausdrücklich erwähnt werden, nicht zu schließen ist, als müßten dieselben sich begnügen, einen Entschädigungsanspruch bei der Fallitmasse zu formiren, weil jenes

Digitized by Google

Gesetz nur von Forderungen spricht, die im Stadt-Rentebuche entweder versichert sind, oder doch dieses ihrer Natur nach, als in Geld schätzbar, sein könnten, was bei städtischen Servituten, welche durch die gegenseitige Lage der Grundstücke herbeigeführt und bedingt sind, wenigstens in der Regel nicht zutrifft, weshalb vielmehr der Fortbestand dieser Art von einmal erworbenen Rechten an ein Grundstück durch den Concurs seines Eigenthümers auch dann nicht afficirt wird, wenn sie in das Stadt-Erbebuch nicht eingetragen wurden, welches Letztere zwar in früherer Zeit zuweilen, aber notorisch in neuerer Zeit längst nicht mit allen Servituten der hier fraglichen Art, welche das Bedürfniß erzeugt, und zu anerkannter Wirksamkeit gefördert hat, geschehen ist.

2. Was das Verhältniß der Real-Servituten zu den hypothekarischen Gläubigern betrifft, so ist bei dem Mangel einer directen gesetzlichen Entscheidung von folgenden Sätzen auszugehen:

a. Daß in Stat. I, 21, 3 die erwerbende Verjährung von Real-Servituten generell sanctionirt, und nur an die Bedingung von Vorbewußt und Zulassung des Eigenthümers des dienenden Grundstücks geknüpft, nicht aber ausserdem von dem Consense etwaniger Inhaber von Renten und Hypotheken abhängig gemacht wird, womit die jetzige Praxis völlig übereinstimmt, nun aber nicht einzusehen ist, weshalb die vertragsmäßige Constituirung einer Servitut andern Grundsätzen folgen sollte.

b. Daß ein etwa erwünschter Schutz gegen unbekannte Servituten im gegenseitigen Interesse des Real-Credits für den Verkehr mit Grundstücken mindestens ebenso sehr, wie für die Hypotheken, von Wichtigkeit sein, und für jene unstreitig früher, als für das letztgedachte Verhältniß Eingang gefunden haben müßte, wogegen, wie bereits in einer früheren Rechtssache (Bescheid vom 23. October 1837 in S. Hudtwalcker Vormünder c. Fischer & Sasse) rechtskräftig entschieden ist, der Käufer eines Grundstücks (ausser bei Subhastationen) die von seinem Verkäufer an demselben bestellten Servituten ungeachtet ihrer Nichtanmeldung auf die Verlassung anzuerkennen hat.

c. Daß, wenn diejenige abstracte Rechtsansicht, von welcher die Rangordnung verschiedener Hypotheken nach der Priorität der Bestellung die logische Consequenz bildet, durch das

gesammte Gebiet der dinglichen Rechte zu generalisiren wäre, dann doch die hypothekarischen Gläubiger alle vor Erlangung ihres Pfandrechts schon bestellten Servituten ohne Weiteres gelten lassen müßten, weshalb eine wirklich nachhaltige Sicherung der Interessen von Pfandgläubigern nicht anders zu erreichen sein würde, als durch den unbedingten Zwang zur Inscription sämmtlicher Servituten in die dafür zu creirenden öffentlichen Bücher, eine Einrichtung, welche wenigstens den bisherigen Zuständen und dem bestehenden Rechte, das nicht einmal die Verlassung von neu entstehenden Servituten als nothwendig kennt, völlig fremd ist.

§ 13.

Kritik des Präjudicats.

Bei der Prüfung des vorstehenden Präjudicats entsteht zuvörderst das Bedenken, ob überall die Frage, mit deren Beantwortung es sich beschäftigt, vollständig und gehörig aufgestellt ist. Nun mag allerdings der concrete Fall die Veranlassung sein, warum die Frage hier grade so, und nicht anders gefaßt wurde. Allein wissenschaftlich und für die künftige Entscheidung hierher gehöriger Fälle befriedigend müßte sie auf alle Servituten, ja auf alle Realrechte, die bei uns vorkommen können, ausgedehnt werden. Es können Contracte über die Wohnung oder den sonstigen Genuß der Früchte eines Grundstücks unstreitig auch jetzt noch vorkommen, von einer Superficies haben wir mehrere Beispiele. Es ist kein Grund vorhanden, blos bei Real-Servituten deren absolute oder relative Wirksamkeit zu untersuchen, und dabei andere Servituten und Realrechte auszuschließen. Man sollte vielmehr glauben, je weiter hier der Gesichtskreis genommen wird, desto zuverlässiger ist das Resultat, welches man gewinnt.

Sodann muß man, wenn die Untersuchung einigermaaßen fruchtbringend werden soll, von vorn herein bestimmter sich dahin aussprechen, daß man nicht die Erwerbung an sich hier einer Prüfung unterziehen will, sondern den Umfang der Wirkungen eines contractlich errichteten Realrechts. Nicht die Bedingungen einer gültigen Erwerbung von Servituten stehen hier in Frage. Es läßt sich kein Anlaß denken, in Zweifel zu ziehen, daß Contracte, wodurch Realrechte errichtet werden, dem gewöhnlichen Vertragsrechte unterworfen sind, und die gewöhnlichen Wirkungen

Digitized by Google

der Verträge unter den Contrahenten selbst zur Folge haben. Wohl aber ist es zu erwägen, ob diese Wirkungen auch über andere Personen, namentlich auf die universellen und singulären Nachfolger der Contrahenten, oder gar auf eigentliche Dritte, namentlich auf Hypothekgläubiger und andere Realberechtigte sich erstrecken. Für den concreten Rechtsfall und für den gegenwärtigen Vortrag genügt es übrigens, zu prüfen, in welcher Art solche Contracte für inscribirte Realberechtigte wirksam errichtet werden können, ob somit nach jetzigem topischem Rechte zur Wirksamkeit eines Realrechts namentlich den inscribirten Hypothekgläubigern gegenüber der Contract mit dem Eigenthümer desjenigen Grundstücks genügt, welchem die Realpflicht auferlegt wird, oder ob dazu Verlassung und Zustimmung der inscribirten Hypothekgläubiger erforderlich ist.

§ 14.

Fortsetzung.

Bei der Beantwortung der Frage beschäftigt sich unser Präjudicat zuvörderst mit dem Verhältniß zu dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks, insbesondre im Fall seines Concurses, also mit dem Verhältniß zu den Singular-Successoren desselben. Wir könnten diesen Theil der Untersuchung hier füglich übergehen, da wir uns nur zunächst mit dem Verhältniß der nicht inscribirten Servitut- und sonstigen Realberechtigten zu den inscribirten beschäftigen. Allein die Beantwortung veranlaßt mehrere Bemerkungen, welche wesentlich auch in dies Verhältniß eingreifen.

Hier scheint mir zuvörderst erinnert werden zu müssen, daß der allegirte Art. 60 der Neuen Falliten-Ordnung ausdrücklich nicht blos derjenigen Gläubiger gedenkt, deren Forderungen im Stadt-Rentebuche versichert sind, sondern auch derjenigen, „die sich sonst nach dem Stadtbuche an die liegenden Gründe halten können.“ Der Ausdruck ist so allgemein, daß er uns nicht hindert, unter demselben alle Realberechtigte, somit auch die Inhaber von Servituten zu begreifen, und es wird die Beziehung auf das Stadtbuch keinen Anstoß erregen können, theils da demselben Servituten bekannt sind, theils da es im Epilog auf Römisches Recht, somit auch auf das Römische Servitutenrecht Bezug nimmt. Nun ließe sich freilich entgegnen, daß der Art. 60 zunächst wohl nur Hypothekforderungen berücksichtigt hat, so wie

Digitized by Google

denn Hasche in seiner Erläuterung 2, 420 ff. u. 431 ff. ebenfalls der Allgemeinheit seines Räsonnements ungeachtet offenbar nur Hypothekansprüche im Auge gehabt hat. Allein bei der Allgemeinheit des gesetzlichen Ausdrucks, und da andere Gründe der Erstreckung desselben auf alle Realberechtigte und namentlich auf Inhaber von Servituten nicht entgegenstehen, kann man nicht wohl sagen, daß Letztere im Art. 60 nicht wenigstens einschließlich und stillschweigend erwähnt sein sollten, und mehr scheint es nicht zu bedürfen, und nicht etwa eine ausdrückliche Erwähnung der Servituten an sich erforderlich, um die gesetzlichen Bestimmungen des Art. 60 auch auf sie anzuwenden.

Ueberhaupt scheint es mir nicht richtig, das Gesetz nur auf Forderungen zu beschränken, welche in Geld schätzbar sind. Es ist nicht einmal richtig, daß nicht auch städtische Servituten, welche durch die Lage der Grundstücke herbeigeführt werden, in der Regel in Geld geschätzt werden könnten, so wie andrerseits auch ländliche Servituten der Lage der Grundstücke ihre Entstehung verdanken, und somit scheint hier die Materie wohl nicht in dem genügend weiten Standpunkte aufgefaßt zu sein. Ansprüche, die in Geld nicht geschätzt werden können, müssen ihrer Natur nach in Concurse einer ganz andern Behandlung unterliegen. Sie werden an den liegenden Gründen nur soweit, als sonstige Ansprüche ihnen nicht vorangehen, geltend gemacht werden können, und wenn dies erfolglos ist, eben wegen ihrer pecuniären Unschätzbarkeit ihr Rückgriff auf die Masse unmöglich sein. Man kann aber nicht sagen, daß der Art. 60 von ihnen gar nicht rede. Dazu bieten weder Ausdruck noch Sinn des Gesetzes eine Veranlassung.

Im Verfolg des Räsonnements giebt inzwischen das Präjudicat zu erkennen, daß es die wahre Natur derjenigen, oft freilich pecuniär unschätzbaren, oft sogar durch Geld nicht zu ersetzenden Servituten nicht gehörig gewürdigt hat, von denen es sagt, daß sie durch die Lage der Grundstücke herbeigeführt und bedingt sind. Es ist von mir § 3 und 6 bereits erinnert worden, daß hier besonders solche Servituten in Betracht kommen, welche nothwendig und aus der Lage oder der sonstigen Beschaffenheit der Grundstücke sofort erkennbar sind. Ich habe § 4 ff. nachgewiesen, daß in der Regel oder vielleicht auch ohne Ausnahme

Digitized by Google

niemals solche Servituten der Gegenstand einer besonderen Auflassung und Inscription gewesen sind. Wenigstens waren diese bei ihnen nicht erforderlich, und wenn sie hin und wieder vorkommen, so mag entweder der Unverstand oder die Aengstlichkeit der Berechtigten dazu die Veranlassung gegeben haben[1]). Solche Servituten sind aber unter allen Umständen, also auch den inscribirten Hypothekgläubigern gegenüber, und im Concurse des Eigenthümers des dienenden Grundstücks an sich gültig, ihr Fortbestand wird wenigstens nicht durch diesen Concurs afficirt, wobei es gleichgültig ist, ob ihr Werth in Zahlen angegeben werden kann oder nicht.

§ 15.

Fortsetzung.

Soll nun aber das Verhältniß der durch Contract errichteten Servituten zu den Hypothekgläubigern, und zwar zu den inscribirten, ermittelt werden, so wird die von mir § 11 versuchte sorgfältigere Verständigung über Stat. 1, 21, 3 ergeben haben, wie für jenes Verhältniß hieraus sich nichts Stichhaltiges ergiebt. Bei der Bekanntschaft mit der älteren Legislation und bei genauerer Prüfung dieses neuen Gesetzes läßt es sich nicht einräumen, daß es die Ersitzung von Real-Servituten generell, also nicht blos in Beziehung auf Denjenigen, der sie wußte und zuließ, sondern auch in Beziehung auf alle Dritte sonst sanctionirt habe, und daß es bei dieser Ersitzung sogar nur auf Vorwissen und Zulassung des Eigenthümers des dienenden Grundstücks, nicht aber auf Vorwissen und Zulassung der inscribirten Hypothekarien ankomme, um die Servitut auch diesen gegenüber wirksam geltend zu machen.

Das Präjudicat beruft sich auch noch auf die jetzige Praxis. Allein wenn behauptet werden soll, daß die Praxis die Acqui-

---

1) Klefeker verfehlt vollends den richtigen Gesichtspunkt, wenn er 2, 19. 4, 301 davon zwar ausgeht, daß in der Lehre von den Servituten bei uns Römisches Recht gelte, wenn er aber davon diejenigen ausnimmt 4, 302, welche durch Aufrufung erworben werden. Ein rechtlich specifischer Unterschied der Art ist unerfindlich, und man kann viel eher die nicht öffentlich verlassenen Servituten dem Einflusse des Römischen Rechts entziehen, als die übrigen.

Digitized by Google

sitiv-Verjährung von Servituten auch als wirksam den inscribirten Hypothekgläubigern gegenüber anerkenne, so muß ich nach einer länger als dreissigjährigen Geschäftsführung gestehen, daß mir eine solche Praxis unbekannt ist. Sie kommt mir auch sehr unwahrscheinlich vor, weil sie die sicherste Stütze des Werths unserer städtischen Grundstücke, den öffentlichen Realcredit, untergraben würde, indem sie die Möglichkeit darböte, daß durch mehrere bedeutende Servituten-Präscriptionen die Sicherheit und der Werth der eingeschriebenen Beschwerungspöste mehr als problematisch werden könnte.

Endlich wird der Satz aufgestellt, als ob die Grundsätze von der Erwerbung einer Dienstbarkeit vermittelst der Verjährung auf die Erwerbung derselbe durch Contract allemal anwendbar sei. Auch dieser Satz erscheint mir sehr bedenklich. Die Präscription, die durch bloße Willkühr der Legislation eingeführt ist, und zwar ganz singulären Motiven ihr Dasein verdankt, kann im Gegentheil mit dem Vertrage als Erwerbungsart eines Rechts durchaus nicht ohne Weiteres auf dieselbe Linie gestellt werden. Es ist freilich wahr, daß wenn man die Ersitzung einer Servitut mit Verletzung der Ansprüche Dritter lediglich durch die Zulassung des Eigenthümers des dienenden Grundstücks anerkennt, und dem Eigenthümer die contractliche Errichtung einer Servitut mit derselben Wirkung nicht gestatten wollte, für ihn durch Zulassung ohne Contract das beste Mittel gefunden wäre, Servituten mit solchem Effect herbeizuführen. Allein daraus würde doch immer noch nicht die Gleichstellung der Usucapion und des Contracts in dieser Beziehung sich rechtfertigen lassen.

§ 16.

Fortsetzung.

Das Präjudicat geht im Verfolg seiner Motivirung davon aus, daß nach einer früheren rechtskräftigen Entscheidung der Käufer eines Grundstücks, der dasselbe unter der Hand erstand, die Servituten, welche von seinem Verkäufer an demselben bestellt sind, selbst dann anzuerkennen habe, wenn sie auch nicht auf die Verlassung des Grundstücks vor dessen Umschreibung angemeldet sind. Hier werde also das Grundstück selbst nicht gegen unbekannte Servituten geschützt, wiewohl dieser Schutz für den Verkehr

Digitized by Google

mit Grundstücken im Interesse des Realcredits ebenso wichtig sei, wie für den Verkehr mit Hypotheken. Es dürfe somit auch dem Letztern ein solcher Schutz nicht zugestanden werden.

In diesem Räsonnement will ich von jenem früheren Präjudicat abstrahiren. Die Kritik desselben würde über die Gränzen meines heutigen Vortrages zu weit hinausgehen. Sie ist um so unnöthiger, weil es noch mehrere Verhältnisse giebt, wo man sagen muß, es ist dadurch für die Sicherheit des Verkehrs mit Grundstücken nicht sonderlich gesorgt. Zwar ist z. B. die Hamburgische Praxis darin, wie Cropp Abh. I, 399 bemerkt, ganz entschieden, daß die nicht in das Stadt-Erbebuch eingetragenen Pfandrechte oder sonstigen Ansprüche an das Grundstück verloren sind, wenn sie zum Protokolle des Actuars bei der öffentlichen Versteigerung nicht angemeldet wurden, und, wie ich hinzufügen muß[1]), wenn sie nicht sich von selbst verstehen und ersichtlich sind. Allein es giebt keinen Grund, diese Singularität der Subhastationen auf Privatverkäufe auszudehnen, und es ist nach Cropp's Abh. I, 411 und einem Ober-Appellationsgerichtlichen Präjudicat von 1827 nicht zu bezweifeln, daß stillschweigende Privat-Hypotheken, somit auch dergleichen Servituten und sonstige Realrechte ihre dingliche Natur und ihre Wirksamkeit gegen Dritte als wahre Realrechte verlieren, wenn sie nicht nach der Verlassung und vor der Zuschreibung des Erbes oder Postens im Stadt-Erbebuche geltend gemacht werden. Es scheint dies mit dem in dem Niedergerichtlichen Erkenntnisse von 1845 erwähnten Präjudicat unvereinbar zu sein. Wie man aber auch immer über den Gegenstand denken möge, so hat das Princip, den Realcredit möglichst zu schützen, nur so weit eine rechtliche Anerkennung bei uns, als erforderlich ist, um sich aus den Stadt-Erbebüchern von denjenigen Realrechten, welche dort verzeichnet sind, Kenntniß, und dadurch davon Gewißheit zu verschaffen, daß sie allen andern, mit Ausnahme allein der nothwendigen und sichtbaren Servituten, vorgehen, nicht aber um alle Realrechte auszuschließen, welche in den Büchern nicht angemerkt sind.

Es genügt für das öffentliche Interesse, den öffentlichen Verkehr mit Grundstücken möglichst in Schutz zu nehmen; allein

1) Vgl. Müller 7, 4. 9, 3.

Digitized by Google

eine Einmischung in den Privatverkehr würde demselben unerträgliche Fesseln anlegen. Wer unter der Hand kauft, sei es ein Grundstück, oder was es sonst wolle, sehe sich wohl vor, und nehme gehörig wahr, was und von wem er kauft (Stat. d. 1605 2, 8, 8), und sucht er sich in diesen Beziehungen nicht genügend zu sichern, so mag er es sich am Ende selbst beimessen, wenn er wegen unbekannter Real-Ansprüche an das Kaufobject in Streit und Verwickelung geräth. Hier die Unvorsichtigkeit und Indolenz in Schutz zu nehmen, ginge über die Gränzen der Sicherung hinaus, die man dem öffentlichen Real-Credit schuldig ist.

§. 17.

Beschluß.

In dem dritten Räsonnement unseres Niedergerichtlichen Präjudicats von 1845 wird einer abstracten Rechtsansicht eine Bedeutung eingeräumt, welche ihr nicht zukommt. Freilich wird Stat. 2, 5, 1 unter den vor dem Rath verlassenen und im Stadtbuch verzeichneten Verpfändungen bestimmt, daß die ältere den Vorzug haben soll, und unser Vortrag beabsichtigt nichts weniger, als jenen ingrossirten Hypotheken den Vorrang vor allen andern streitig zu machen. Sonst aber kann man nicht behaupten, daß unser topisches Recht der Ansicht huldigt, die Hypotheken nach der Priorität ihrer Bestellung zu rangiren. Unsere Neue Falliten-Ordnung ist auf das Princip basirt, daß nur zwei Klassen von Hypothekgläubigern in Hinsicht auf die Masse angenommen werden, wo die Zeit der Bestellung des Pfandrechts kein weiteres Vorrecht verleiht, als daß sich danach bestimmt, ob es in die erste oder zweite Klasse fällt, und dem Alter keineswegs eine Exclusivität beigelegt wird. Auch ist es ein schon sehr altes, bereits im Statut von 1497 H, 7 [1]) sich findendes, 1605 1, 17, 11 nur bestätigtes Princip, daß unter mehreren Arrest-Impetranten nicht die Zeit der Arrestanlegung irgend Etwas relevirt, weshalb denn auch die Befriedigung aus den arrestirten Gütern ebenso vor sich geht, wie bei einem Concurse.

Man kann also gar nicht zugestehen, daß die Rechtsansicht, nach welcher die Zeit der Bestellung oder Erlangung eines

1) So auch Lub. Hach. III, 199.

Digitized by Google

Realrechts über den Vorzug desselben vor anderen gleichen oder ungleichen Realrechten entschiede, bei uns irgend eine praktische oder auch nur legislative generelle Geltung habe. Dagegen steht aber der erwähnte doppelte Vorzug für die intabulirten Hypotheken fest. Ihre Sicherheit muß die Basis unseres Realrechts abgeben, und somit müssen auch die Servituten zurücktreten, die nicht etwa eingeschrieben sind, und sich dadurch die Rechte der Hypotheken verschafft haben, falls sie nicht etwa absolut nothwendig und an sich erkennbar sind. Alle Realrechte, sie mögen heißen, wie sie wollen, müssen gegen die radicirten zurücktreten, ohne zu unterscheiden, ob sie früher oder später als diese erlangt waren. Dieses vernunftgemäße, in unserem topischen Rechtszustande durchweg anerkannte, oder doch mit immer größerer Consequenz geltend zu machende Princip macht nicht die Reform unserer Hypothekenbücher nothwendig, und wenn unser bestehendes Recht allerdings nicht die Nothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung von Servituten voraussetzt, so gehört diese Auflassung überhaupt gar nicht zu den Requisiten des Erwerbs von Realrechten, namentlich auch nicht von Hypotheken, und nichtsdestoweniger kann unser bestehendes Recht ohne Weiteres den inscribirten Realrechten (abgesehen von den nothwendigen und sich von selbst verstehenden Servituten) vor allen andern späteren oder gleichzeitigen und früheren, welcher Art sie sein mögen, den Vorzug, zugleich aber auch die Existenz solcher Realrechte und ihre beschränkte Wirksamkeit einräumen, welche nicht aufgelassen und nicht im Stadtbuch verzeichnet stehen. Dadurch tritt unser Recht nicht mit sich selbst in irgend einen logisch unerträglichen Widerspruch. Nur wird man immer festhalten müssen, daß unter den hier in Betracht gezogenen Realrechten ein sehr erheblicher Unterschied insofern besteht, als es Servituten giebt, welche auch ohne Inscription für jeden Dritten sofort erkennbar und nothwendig erscheinen, Hypotheken der Art aber undenkbar sind [2]), und ferner daß es zu der rationellen Auffassung des Princips möglichster Sicherung des Realcredits nicht

2) Das Zinsrecht des Hypothekgläubigers macht nur insofern hier eine Ausnahme (vgl. oben § 10), als durch dasselbe der Umfang der Wirkungen der inscribirten Hypothek erweitert wird.

Digitized by Google

erforderlich ist, durch die intabulirten alle anderen Realrechte absolut auszuschließen, sondern nur nachzusetzen, sofern sie nicht von einem jeden Dritten auch ohne Intabulation erkennbar sind. In so weit nun nach diesen Grundsätzen die Ingrossirung auch bei Servituten nothwendig ist, in so weit läßt sich allerdings verlangen, daß sie geschieht, ohne daß man dies Erforderniß als mit der bisherigen Einrichtung unserer Stadt-Erbe- und Rentebücher unverträglich oder auch nur als ihnen völlig fremd zu betrachten braucht.

§ 18.

Die Obergerichtliche Entscheidung.

Im Wesentlichen stimmt das abändernde Erkenntniß des Obergerichts vom 4. Januar 1847, das mir erst bekannt geworden ist, nachdem ich den vorstehenden Vortrag nicht nur schon gehalten, sondern auch bereits weiter ausgearbeitet hatte, mit meinen Ansichten überein. Es heißt daselbst: „Aus dem Umstande, daß den inscribirten hypothekarischen Gläubigern das verhypothecirte Grundstück mit allen, in dem Eigenthum begriffenen Rechten verpfändet ist, folgt von selbst, daß der Eigenthümer des Grundstücks ohne Consens der hypothekarischen Gläubiger auf eine für dieselben rechtsverbindliche Weise keine Theile davon trennen, noch dasselbe mit Dienstbarkeiten belasten kann, wodurch der Werth des Grundstücks vermindert und sonach die Hypothek geschmälert wird, wie denn auch demgemäß noch unzweifelhafter Observanz die Inscribirung einer Real-Servitut in die Hypothekenbücher mit der Wirkung, daß solche für die eingeschriebenen hypothekarischen Gläubiger verbindlich wäre, ohne deren Consens hierselbst niemals verstattet wird, und die Aufrechthaltung des gedachten Grundsatzes um so mehr durchaus nothwendig ist, als die hypothekarischen Inscriptionen ohne denselben jedes Schutzes entbehren würden, indem der Werth eines Grundstückes durch Real-Servituten möglicherweise fast ganz vernichtet werden könnte. Gegen vorgedachten Grundsatz kann in der durch Stat. 1, 21, 3 begründeten Möglichkeit, Real-Servituten auch ohne den Consens der hypothekarischen Gläubiger durch Verjährung zu erwerben (?), kein Gegenargument gefunden werden, weil die Verjährung auf anderen Gründen beruht, und der vigilante hypothekarische Gläubiger sich dagegen (?) durch Protestation und Kündigung seines Postens zu schützen vermag (?),

Digitized by Google

während solches bei einer ohne sein Wissen(!) in dem kürzesten Zeitmomente zu effectuirenden vertragsmäßigen Constituirung von Servituten unmöglich ist. Der Grundsatz, daß der Privatkäufer eines Grundstücks sich die von seinem Verkäufer bestellten, ihm unbekannt gebliebenen Servituten gefallen lassen muß, kommt, als gleichfalls auf anderen Gründen beruhend, hier nicht in Betracht, weshalb es auch einer weiteren Darlegung nicht bedarf, daß der Käufer auch factisch sich in einer anderen Lage befindet, weil er in den meisten Fällen über das Vorhandensein von Servituten sich vergewissern, und sich jedenfalls gegen daraus zu erleidende Nachtheile Garantien gewähren lassen, oder sich anderweitig, z. B. durch ein Proclam, sicher stellen kann."

Digitized by Google

IV.

Das Altgermanische Personenrecht.

Vorträge,
gehalten vor der juristischen Section des historischen Vereins
in Hamburg,
im Winter vom Jahre 1847 auf 1848.

Inhalt.

Einleitung § 1—4.
Eintheilung des Personenrechts § 2.
Begriff Germanischer Freiheit § 3. 4.
A. Recht des Ungebornen § 5.
B. Geschlechtsunterschiede § 6.
C. Rechtliche Berücksichtigung des Gesundheitzustandes § 7.
D. Rechtsvorschriften über den Aufenthaltsort § 8—13.
Was heißt buten landes? § 9. 10.
Gäste § 11—13.
E. Vermögensverhältnisse § 14.
F. Das Personenrecht in religiöser Beziehung § 15.
G. Die bürgerlichen Beziehungen in Hinsicht auf Stand und Freiheit § 16—18.
Das Siegelrecht § 18.
H. Ehre, Rechtlosigkeit, Friedlosigkeit § 19—31.
Das Alt-Hamburgische Gerichtsverfahren § 21.
Unfähigkeit zum Zeugniß § 22—24.
Verlust des Eidesrechts § 25. 26.
Weitere Entwickelung des Begriffs von Berufenheit § 27.
Frauenehre § 28.
Der rechte Dieb im Ordel IX, 22 § 29.
Friedlosigkeit § 30.
Resultate § 31.
J. Das Familienrecht § 32—108.
I. Das Verwandtenrecht § 32. 33.
II. Die Rechtsverhältnisse zwischen Ehegatten und Kindern im Allgemeinen § 34—38.
Mundium § 34.
Altersunterschied § 35—38.
III. Das Eherecht § 39—81.
1. Das Verlöbniß § 41. 42.
2. Die Trauung § 43.
3. Die persönlichen Verhältnisse unter den Ehegatten § 44—48.

Digitized by Google

4. Rechtsverhältnisse unter den Eheleuten in Beziehung auf ihre Güter § 49—78.
Einleitung. Literatur § 49.
Einige allgemeine Gesichtspunkte § 50—62.
Besonders die Mängel der bisherigen doctrinären Methode § 50—58.
Einmischung Römischer Rechtsbegriffe § 50. 51.
Zu geringe Berücksichtigung der Rechte der Frau § 50.
Das Mundium giebt hier nicht den Maaßstab § 52.
Dagegen das Recht der Gewehr § 53. 54.
und die Germanische Gemeinschaft § 55—57.
Verwerfung des Arguments aus dem Verhältniß nach dem Tode § 58.
Nähere Betrachtung dieses Verhältnisses § 59—62.
a. im Falle einer kinderlosen Ehe § 59—61.
b. im Falle beerbter Ehe § 62.
Cropp's Argumente gegen eine s. g. innere eheliche Gütergemeinschaft § 63—65.
Von Kauffrauen § 66—69.
Herr Doctor Reimarus und das älteste Resignationenbuch § 70—78.
Altdeutsche letztwillige Verfügungen § 71.
Insbesondre die Vergabungen der Eheleute § 72.
5. Aufhebung der Ehe § 79—81.
IV. Die Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern § 82—97.
Unterschied zwischen elterlichem Mundium und patria potestas § 83. 84.
1. Die persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern § 85—90.
Verheirathung der Kinder § 86.
Kloster § 87.
Pupillar-Substitution § 88.
Abgesonderter Haushalt § 89. 90.
2. Die Vermögensverhältnisse zwischen Eltern u. Kindern § 91—94.
Dienste der Kinder § 92.
3. Die Rechte der Mutter § 95. 96.
4. Entstehung und Ende der elterlichen Rechtsverhältnisse zu den Kindern § 97.
V. Vormundschaft § 98—108.
1. Allgemeine Gesichtspunkte § 98.
2. Unsere Ordele § 99—102.
3. Der Rath § 103. 104.
4. Entstehung der Vormundschaft § 105.
5. Die verschiedenen Arten von Vormündern § 106.
6. Wirkungen § 107.
7. Geschlechtsvormundschaft § 108.

Digitized by Google

Verzeichniß

der in den nachfolgenden Vorträgen commentirten Ordele mit Nachweis der Paragraphen, wo ſich die Erläuterungen finden.

Stadtr. von 1270 I, 1 § 33.
I, 2 § 33.
I, 3 § 22.
I, 4 § 16.
I, 8 § 17. 55. 56. 57.
I, 9 § 9. 57.
I, 11 § 17.
I, 12 § 7. 34. 36. 37. 38.
I, 14 § 17.
I, 15 § 9.
I, 16 § 17. 26.
I, 17 § 22. 24.
I, 18 § 22. 24.
I, 20 § 6. 32. 50. 56. 60. 77.
II, 1 § 21.
II, 5 § 17.
III § 71.
III, 1 § 50. 90.
III, 2 § 62. 64.
III, 3 § 63. 64.
III, 4 § 64. 70.
III, 5 § 64.
III, 7 § 27. 45. 93.
III, 8 § 17. 27. 44. 57.
III, 9 § 72. 74.
III, 10 § 57. 59. 60. 61. 62. 63a. 81. 94.
III, 11 § 62. 80.
III, 12 § 62.
III, 12b § 64.
III, 13 § 15. 40. 41. 42.
III, 14 § 5. 32. 33. 34. 60. 95.
III, 15 § 63b. 64. 70.
III, 16 § 5. 27. 34. 55. 59. 68. 92. 94.
III, 17 § 63b. 64.
IV § 71.

Stadtr. von 1270 IV, 1 § 15. 36. 37. 38. 87.
IV, 2 § 63a. 73. 79. 95.
IV, 3 § 27. 34.
IV, 4 § 6. 63a. 73. 79. 95.
IV, 6 § 50. 54. 63. 64. 70. 79. 83. 84. 90. 95.
IV, 7 § 33. 79. 86. 95.
IV, 8 § 5.
V § 99.
V, 1 § 99.
V, 2 § 79. 88. 95. 100. 105.
V, 3 § 36. 37. 38. 84. 101.
V, 4 § 17. 90. 101. 105. 107.
V, 5 § 102.
V, 6 § 102.
VI, 1 § 21. 22.
VI, 2 § 7. 32. 71.
VI, 3 § 21.
VI, 4 § 21.
VI, 5 § 21.
VI, 6 § 11.
VI, 7 § 7. 28. 32. 33. 44. 62. 64. 79. 80.
VI, 9 § 21.
VI, 11 § 17.
VI, 12 § 21. 25. 30.
VI, 13, 1 § 21. 22. 42.
VI, 13, 3 § 22.
VI, 15 § 9.
VI, 18 § 13.
VI, 19 § 22.
VI, 20 § 20.
VI, 23 § 9.
VI, 27, 2 § 27.

Digitized by Google

Stadtr. von 1270 VI, 28 § 21.
VI, 29 § 11. 33.
VI, 32 § 33. 50.
VII, 1 § 21.
VII, 2 § 8. 21.
VII, 3 § 21.
VII, 5 § 13.
VII, 7 § 23. 27.
VII, 11 § 9. 21.
VII, 12, 1 § 21.
VII, 12, 2 § 21.
VII, 13 § 9.
VII, 14 § 22. 24.
VII, 15 § 9.
VII, 17 § 16. 21.
VII, 18 § 21.
VII, 19 § 7.
VII, 20 § 17.
VIII, 3 § 17.
VIII, 6 § 17.
IX, 1 § 5. 27.
IX, 2, 3 § 23.
IX, 3 § 21.
IX, 5 § 21.
IX, 6 § 21.
IX, 7, 3 § 13.
IX, 8 § 17.
IX, 13 § 6. 17. 47. 48. 55. 66. 90.
IX, 14 § 13.
IX, 15 § 15. 22.
IX, 16 § 27.
IX, 17 § 22.
IX, 21 § 54.
IX, 22 § 29.
IX, 24 § 36.
IX, 25 § 21.
IX, 26 § 38.
IX, 28 § 23.

Stadtr. von 1270 IX, 29 § 44.
IX, 30 § 11. 14. 21.
X, 3 § 36.
X, 4 § 28. 36.
X, 5 § 28.
X, 6 § 15. 40.
X, 7 § 17.
X, 8 § 15. 33. 38. 40. 50. 86. 87. 95. 96.
XI, 2, 1. 2 § 27.
XI, 2, 3 § 23.
XII, 1 § 12.
XII, 6 a. E. § 13.
XII, 8 § 15.
XII, 10 § 27.
XII, 11 § 12. 21.
XII, 13 § 5. 27.
Stadtr. von 1292 A, 11 § 13.
C, 23 § 30.
C, 34 § 13.
E, 2 § 72.
E, 19. 21. 23 § 13.
E, 25 § 72.
E, 26 § 40—42.
G, 2 § 32.
G, 28 § 47.
M, 23 § 23.
M, 27 § 28.
M, 28 § 28.
M, 29. 30 § 28.
N, 10 § 13.
Stadtr. von 1497 K, 2 § 79.
Stadtr. von 1605 I, 21, 2 § 10.
I, 28, 14 § 10.
I, 30, 3 § 10.
2, 5, 10 § 65.
2, 11, 1 § 42. 86.
2, 11, 4 § 42.
3, 3, 4. 6. 8 § 59.

Digitized by Google

Das Altgermanische Personenrecht.

Vorträge, gehalten vor der juristischen Section des historischen Vereins in Hamburg.

---

§ 1.

Einleitung.

Nur bei Heineccius[1]) findet sich darauf hingewiesen, daß die, ohnehin künstliche und unnatürliche Unterscheidung zwischen Menschen und Personen Römischen Ursprungs, und dem reinen Deutschen Rechte fremd ist. Nach Germanischen Rechten sind Menschen und Personen identische Begriffe, in jedem Menschen wird ohne Weiteres eine Persönlichkeit anerkannt[2]). Nichtsdestoweniger braucht man in einer geschichtlich wissenschaftlichen Erörterung den Ausdruck Personenrecht nicht zu verschmähen, da wo der Mensch in seinen verschiedenen rechtlichen Beziehungen Gegenstand der Betrachtung ist, zumal weil sich der Ausdruck an sich in der Deutschen Sprache ein so vollkommenes Bürgerrecht verschafft hat, daß namentlich die abgeleiteten Wörter persönlich und Persönlichkeit als wirklich Deutsch aufgefaßt werden können. Ueberhaupt wird es sich vertheidigen lassen, und nicht zu Irrthümern führen, wenn die hier zu untersuchenden Rechtssätze unter rationelle Gesichtspunkte gebracht werden[3]), wiewohl man

---

1) Elementa iuris Germ. l. 1 t. 1 § 20.

2) Vgl. Falck Schlesw.-Holst. Privatr. 4, 79 f., der es nur nicht scharf genug hervorhebt, wie hier Deutsches und Römisches Recht von einander abgehen.

3) Darin kann man mit Maurenbrecher übereinstimmen, Deutsches Privatr. zweite Bearbeitung 1840, 1, 22 ff. u. 274; nur muß man nicht daraus folgern wollen, daß die Deutschen im Mittelalter ein eigenthümliches Rechtssystem gehabt haben.

Digitized by Google

es nicht wagen darf, bei der wissenschaftlichen Behandlung des Deutschen Privatrechts, sei es nun, daß man zunächst geschichtliche Zwecke verfolgt, oder, wie es in den Handbüchern des Deutschen Privatrechts geschieht, blos das noch heute bestehende Recht zusammenstellen will, ein System zum Grunde zu legen, das, genau erwogen, nur auf Römischen Rechtsbegriffen, namentlich von status und manus beruht. Man muß sich vielmehr vom Römischen Recht, nachdem man sich der Eigenthümlichkeit desselben gehörig bewußt geworden ist, förmlich emancipiren, um ein ursprünglich reines, eigenthümliches Deutsches Recht zu ermitteln, und dies muß geschehen mit der ehrfurchtsvollsten Anerkennung der Vorzüge, so wie des nützlichen und fruchtbaren Einflusses des Römischen Rechts, als des wissenschaftlich und praktisch gebildetsten Rechts auf der Erde [4]). Man muß sich entschieden von Denjenigen lossagen, die, in Uebereinstimmung mit einer einseitigen und oberflächlichen Zeitrichtung, es beklagen, daß das Römische Recht sich bei uns die Geltung des principalen Rechts verschafft hat. Aber dies hindert nicht, sondern veranlaßt vielmehr den ursprünglichen Unterschied zwischen dem Deutschen und Römischen Recht sich thunlichst klar zu machen, um dadurch den Fehler zu vermeiden, das für Deutsches Recht zu halten, was eigentlich nur Römisches, oder schon eine Mischung von Beiden ist [5]). Darum scheint das Studium des Alt-Hamburgischen Statuts von so großem wissenschaftlichen und praktischen Gedeihen für die Kenntniß des Deutschen

4) Vgl. meine Vortr. 2, 1, 127 Anm. 2.

5) Es ist ein wahres Wort Roßhirt's in s. Zeitschr. 6, 1, 99 ff. über die künstlich gebildete Rechtswissenschaft des gemeinen Deutschen Privatrechts: Der Bildung dieses gemeinen Rechts aus der Abstraction der Particularrechte hätte eine gehörige Aussonderung der beiden Elemente, des Römischen und des ursprünglich Germanischen Rechts, und der Bemühungen, aus Beiden ein Drittes zu ermitteln, vorhergehen, es hätte besonders beachtet werden müssen, daß Vieles, was man bisher als rein Germanisch ausgegeben hat, zur dritten Kategorie gehört, daß überhaupt namentlich die Süddeutschen Statute, das Lehnrecht, selbst der Sachsenspiegel von dem Einflusse des Römischen Rechts nicht mehr frei geblieben sind, und daß endlich von den rein Germanischen Ansichten sich noch Manches im Rechtsbewußtsein des Volkes erkennen läßt. — Das Letztere ist von mir schon hin und wieder nachgewiesen worden.

Digitized by Google

Rechts zu sein, weil man hier um so zuverlässiger zu Werke gehen kann, da dies unter der anerkannten [6]) Voraussetzung geschieht, daß unsere älteste Rechtssammlung grade den Zweck hatte, dem Einflusse des Römischen Rechts entgegenzuwirken, wie dies die Absicht der Bürgerschaft selbst noch bei der Codification des siebzehnten Jahrhunderts geblieben ist. Andererseits sollte das ernstliche und gründliche Studium der Römischen Literatur in den Schulen und des Römischen Rechts auf den Akademien dahin führen, die Begeisterung für das Vaterland zu beleben, und den Blick für das eigentlich Nationale zu schärfen, nicht aber ihn abzustumpfen. In diesem Sinne muß man den Bestrebungen Phillip's [7]) volle Gerechtigkeit widerfahren lassen, sofern sie dahin gerichtet sind, dem volksthümlich Deutschen Rechte Geltung zu verschaffen, und dessen Institute selbstständig zu entwickeln.

Dagegen darf wohl grade das Beispiel Phillip's zur Warnung dienen, wenn er alles Deutsche Recht aus der Sachengewehr entwickelt, und von dieser zunächst ausgeht, statt umgekehrt vor allem Andern das Recht des Menschen ins Auge zu fassen, sich darüber klar zu werden, daß grade darin Römisches und Deutsches Recht, namentlich in Beziehung auf die Familienverhältnisse aus einander gehen, indem jenes wesentlich auf das Vermögen Bezug nimmt, den Zusammenhang des Menschen mit den Sachen nach Germanischem Recht hauptsächlich auf den Willen des Menschen zu begründen, und dessen Persönlichkeit durchaus in den Vorgrund zu stellen [8]).

§ 2.

Eintheilung des Personenrechts.

Wenn daher auch in Uebereinstimmung mit den meisten Germanisten [1]) das Germanische Personenrecht nach rationellen

6) Selbst, wie bereits öfter bemerkt, von Lappenberg Vorr. zu den Hamb. R. A. S. LXXXVII ungeachtet seiner Lieblings-Hypothese von dem im ältesten Statut zu findenden Institutionensystem, vgl. das. S. LXXXVI ff. S. unten § 99 Anm. 2.

7) Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatr. 1829.

8) Diese Aufgabe zu lösen, ist von mir namentlich in den Vorträgen 2, 1, 70 ff. versucht worden, vgl. insbesondre S. 139 ff.

1) Heineccius elem. lib. 1. Runde Grundsl. § 287 ff. Mittermaier Grundsl. § 41 ff. (schon seit 1815). Eichhorn Einleitung

Gesichtspunkten wissenschaftlich zusammengestellt werden muß, um eine klare Uebersicht zu gewinnen, und Resultate zu ermitteln, von denen mehr oder weniger noch jetzt im gemeinen Leben Spuren und Erinnerungen aufgefunden werden können: so wird man doch insofern von der bisher herrschenden Methode abweichen müssen, daß man es entschieden ausspricht, wie man in dieser Hinsicht rein rationell verfährt. Es ist hiernach das Recht des Menschen in nächster und unmittelbarer Beziehung auf seine Persönlichkeit zu betrachten. Dagegen muß man es als eine rein Germanische Eigenthümlichkeit im Gegensatz gegen Römische Elemente hervorheben, daß Vermögensverhältnisse dabei nur entfernt und untergeordnet, und immer nur zu berücksichtigen sind, als die selbstständigen Beziehungen unter den Menschen auch demnächst nöthigen, die Vermögensverhältnisse in den Kreis der Erörterung zu ziehen [2]). Uebrigens wird es nicht befremden können, daß unser ältestes Statut nur in sehr einzelnen Punkten das Personenrecht berührt, während alle übrigen hier der Sitte anheimgestellt bleiben. Theils ist dies auch im Römischen Rechte einigermaaßen der Fall, theils muß in unserem Statut um so mehr das Nämliche vorkommen, als es zunächst nur bestimmt ist, die Abweichungen von dem Römischen Recht hervortreten zu lassen. Hiernach wird unvermeidlich einer oder der andere Abschnitt unserer Betrachtungen ausführlicher oder kürzer ausfallen, je nachdem das Bedürfniß vorhanden gewesen, oder zum Bewußtsein gekommen ist, den Kreis, den Sitte und Gewohnheit gezogen hatten, durch die in allen Ordelen vorhandenen rechtlichen Vorschriften näher zu bestimmen und zu begränzen.

Sonach werden wir den *Menschen* als Gegenstand des Rechts zuerst *an sich*, und dann in seinen verschiedenen Relationen zu *anderen Menschen*, mit denen er in bürgerlicher, oder religiöser, so wie in Familien- oder häuslicher Gemeinschaft lebt, zu betrachten haben. Die merkwürdigen Eigenthümlichkeiten in

---

(seit 1823) § 47 ff. *Kraut* Grundriß (seit 1829) § 50 ff. *Maurenbrecher* Lehrb. (seit 1832) § 125 ff. *Beseler* System des gemeinen Deutschen Privatr. (1847) 1, 297 ff. Vgl. mit *Falck* Hdb. das Schlesw.-Holst. Privatr. 4, 79 ff.

2) Vgl. *Falck* a. a. O.

Digitized by Google

der Alt-Hamburgischen, und überhaupt ursprünglich Germanischen Auffassung der hier zu erwägenden Rechtsverhältnisse werden sich aus dem Verfolg unserer Erörterungen von selbst ergeben. Namentlich wird es schon hier erwähnt werden können, daß in der Auffassung des Staatsverbandes die größte Freiheit des Mannes sich geltend macht, und seine Privatrechte fast ausschließlich den Gegenstand des geschriebenen Rechts ausmachen, daß in religiöser Beziehung Kirche und Christenthum sich als die Grundlage einer jeden Berechtigung von selbst verstehen, und daß, wo des Familienrechts gedacht wird, einerseits bei demselben die Ehe vorauszusetzen ist, und uneheliche Beziehungen so gut als gar nicht in Anschlag kommen, ja kaum erwähnt werden, andrerseits im Gegensatz gegen das Römische Recht das Meiste auf das Recht des Schutzes und der Vertheidigung, nicht aber auf das Recht der Gewalt zurückgeführt werden muß, was um so auffallender erscheint, da das Recht der Gewalt bei unseren Vorfahren auf den sonstigen Rechtsgebieten eine so bedeutende Rolle spielte.

§ 3.

Begriff Germanischer Freiheit.

Bei der Darstellung des ältesten Germanischen Privatrechts geht Eichhorn [1]) von einem angeblich eigenthümlichen Begriffe der Germanischen Freiheit aus, wonach ein Jeder habe verlangen können, in Ansehung seiner streitigen Verhältnisse nach dem Rechte des Ortes, wo er geboren war, gerichtet zu werden. Man hat diese Ansicht als das System der persönlichen Rechte im Gegensatze des Systems der Territorialrechte, d. i. des Systems bezeichnet, wo man nach dem Rechte des Orts oder Territoriums, wo man sich aufhält, und wo der Rechtsstreit geführt wird, richtet. Schon Montesquieu und nach ihm unter den Neueren insbesondre Savigny [2]) haben sogar die Hypothese vertheidigt, es sei das System der persönlichen Rechte von jeher bei allen Germanischen Stämmen gültig gewesen: eine Hypothese, welche seitdem als die unter den angesehensten Rechtslehrern herrschende angesehen werden kann, wenigstens in

1) Rechtsgesch. 1, 285 ff.

2) Gesch. des R. R. im M. A. Ausg. 1 (1815) 1, 90 ff. Ausg. 2 1, 115 ff.

Digitized by Google

so weit als dies für das Mittelalter zugestanden wird[3]). Aber schon in der genaueren Bestimmung dieses Systems ist die Harmonie der Gelehrten nicht groß. Nach Savigny hat der Germane nach dem Rechte seiner nationalen Abstammung gelebt, und sind danach sein Eigenthum und seine Verträge beurtheilt worden. Rogge spricht von einem angeerbten Rechte, nach welchem er allgemein beurtheilt worden sei. Auch Grimm sagt, der Ausländer sei, und zwar nach seinem Landesrechte gerichtet worden. Ebenso generell für alle seine streitigen Rechtsverhältnisse spricht Eichhorn dies dem angebornen Rechte eines Jeden zu, und scheint darin keinen Unterschied anzuerkennen, wenn er vorher sagt, man habe nach demselben Rechte auch leben dürfen.

Schon diese Schwankungen in der genaueren Bestimmung des Systems der persönlichen Rechte müssen Bedenken erregen. Sollte dem Orientalen jemals gestattet gewesen sein, bei einem der Germanischen Stämme in Vielweiberei zu leben? Wie war es ferner den Volksgerichten möglich, das Recht, in welchem die fremde Parthei geboren war, zu ermitteln, da man bei ihren Umständen, bei Denjenigen, welche nach dem Rechte, nach einem „rechten Ordel" gefragt wurden, höchstens die Kenntniß des einheimischen Rechts, aber nicht desjenigen anderer, auch selbst nur Fränkischer Volksstämme voraussetzen darf? Wenn übrigens die streitenden Partheien in verschiedenen Stämmen geboren waren, welches Stammes Recht war zu finden? Das Germanische Rechtsverfahren gestattet nicht, diese letztere Frage nach dem Recht des Beklagten zu beantworten. Selbst der Umstand muß auffallen, daß bei der Aufstellung der Hypothese davon gleichsam ausgegangen wird, als ob allemal zunächst streitige, ins Gericht gezogene Rechtsverhältnisse in Anschlag gebracht worden wären, während wir es wohl jetzt als eine nicht mehr zu bezweifelnde Wahrheit betrachten müssen, daß die alten Germanischen Rechte, abweichend vom Römischen Rechte, in der Regel ihre Rechtsbestimmungen ohne Rücksicht auf Gericht und Proceß aufgestellt haben[4]).

---

3) Eichhorn a. a. O. Rogge Gerichtswesen der Germanen S. 52 ff. Grimm Deutsche R. A. S. 397 ff.

4) Vgl. meine Vorträge 2, 1, 80. 2, 2, 179. 181 und sonst oft.

Digitized by Google

§ 4.

Fortsetzung.

Ueberhaupt erscheint das System der persönlichen Rechte viel zu künstlich und unnatürlich, um als ein ursprünglich Deutsches, oder auch nur zu irgend einer Zeit als ein in Deutschland herrschendes angesehen werden zu können. Wie Grimm es als das natürlichste und dem Geiste der Freiheit angemessenste zu bezeichnen vermag, hat er nicht näher nachgewiesen. In Ermanglung besonderer Beweise wird man den Roggeschen Gesichtspunkt festhalten müssen, daß ursprünglich das Recht der Genossenschaft, der Gemeinde sich auch in dieser Beziehung wird geltend gemacht haben, daß der Ausländer kein anderes Recht in Anspruch zu nehmen hatte, wenn es auch nur der Genosse eines andern Germanischen Volksstammes war, als das Recht des Stammes, wo er sich aufhielt oder wohnte. Das Territorialrecht erscheint als ein so natürliches, als ein so sehr in der Germanischen Volksfreiheit begründetes, daß, wo nicht das andere System speciell nachgewiesen werden kann, es sich ohne Weiteres gar nicht annehmen läßt.

Wenn Savigny nach dem Zwecke seines Werkes sich darauf beschränkt, das System persönlicher Rechte für die Deutschen auf Römischem Boden nachzuweisen, und man die Beweisführung als vollendet gelungen ansehen darf, so giebt sie höchstens das Resultat, daß sich auch hier nicht etwa ursprünglich Deutsches Recht, sondern Römische Politik, die der eroberten Provinz ihr Recht ließ, geltend gemacht habe, und, bewußt oder unbewußt, nachgeahmt worden sein mag. Will man das Gastrecht, die Humanität gegen Fremde nicht groß denken bei den alten Germanen[1]: so werden sie gewiß am wenigsten den Fremden in seinen Rechtsverhältnissen anders als nach dem Rechte beurtheilt haben, welches ihnen selbst bekannt und für ihre Stammgenossen gültig war. Darf man vollends der ferneren Hypothese Savigny's von dem Römischen Ursprunge Deutscher Städteverfassungen mit Troya und Bethmann Hollweg jetzt entgegentreten, seitdem

1) Vorwurf Savigny's a. a. O. S. 92 Ausg. 1. S. 118 Ausg. 2. Unser Hamburg muß von sich, selbst in der ältesten Zeit, den Vorwurf entschieden ablehnen, vgl. § 11 ff.

Digitized by Google

C. Hegel in seiner Geschichte der Städteverfassungen in Italien (Bd. I. Leipzig 1847. 8.) den Deutschen Ursprung selbst der dortigen Städteverfassungen urkundlich nachweisen will, und sogar Schlosser diese Ermittelung für höchst wichtig erachtet hat[2]): so wird es gewiß sehr bedenklich, mit Grimm das Römische System der persönlichen Rechte als im Innern Deutschlands angewandt zu betrachten, oder gar mit Eichhorn als allgemeines Princip des Deutschen Rechts aufzustellen.

Es wird somit nicht zu gewagt erscheinen, anzunehmen, daß in dem Salischen Gesetze des sechsten Jahrhunderts an der von Savigny und Eichhorn mit vielem Scharfsinne commentirten Stelle nur das Wehrgeld angegeben wird für die Erschlagenen, welche nach Salischem Gesetze leben, ohne zu bestimmen, ob für Andere, namentlich ob für Solche, die nach einem andern Rechte unter den Saalfranken lebten, überall ein Wehrgeld, oder welches habe gefordert werden dürfen. Man muß ferner es als eine speciell Ripuarische Vorschrift in dem Ripuarischen Gesetze des siebenten Jahrhunderts der Benutzung Römischer Grundsätze zuschreiben, wenn dort ausgesprochen wird, daß, wer sich innerhalb des Landes aufhalte, er mag nun zu dem Fränkischen, Burgundischen, Alamannischen oder einem andern Volksstamme[3]) gehören, sich vor Gericht nur in der Art zu verantworten haben soll, sicut lex loci continet, ubi natus fuerit, ebenso wie es in dem Sachsenspiegel 3, 33, 2 heißt: Jewelk man mut ok antwerden vorme koninge in allen steden na sime rechte unde nicht na des klegeres rechte.

In dieser Ansicht, daß man in dem System persönlicher Rechte einem Römischen und nicht Germanischen Princip begegne, muß man noch durch eine uns Hamburgern näher liegende Betrachtung bestärkt werden. Wäre jenes System ein ursprünglich

2) Heidelb. Jb. 1847 Juli u. August S. 498.

3) Mit Recht beschränkt Eichhorn dies auf diejenigen Volksstämme, welche damals mit dem Fränkischen Reiche vereinigt waren. Gewiß ist der Ausdruck de quacumque natione im Ripuarischen, und jewelk man im Sächsischen Recht nicht zu urgiren. Nichts berechtigt aber dazu, mit Eichhorn diese Vorschriften dahin auszudehnen, daß hiernach ein Jeder nach dem Rechte seines Volkes als einem ihm angebornen habe leben dürfen.

Digitized by Google

Germanisches gewesen, so würde es sich von selbst verstanden haben, und hätte in den geschriebenen Rechten der einzelnen Volksstämme einer besonderen Erwähnung nicht bedurft. Statt dessen wird es im Sachsenspiegel 1, 18 als offenbar etwas Singuläres hervorgehoben, daß die Sachsen wider Carls des Großen Willen mehrere Eigenthümlichkeiten ihres Rechts beibehielten, und man würde gewiß selbst dieser Bemerkung eine zu große Ausdehnung geben, wenn man daraus abnehmen wollte, sie hätten es wagen dürfen, dies Recht ausserhalb Sachsens in andern Theilen der Fränkischen Monarchie geltend zu machen [4]).

Man würde Unrecht thun, in anderen Bestimmungen des Sachsenspiegels das System der persönlichen Rechte finden zu wollen. Davor muß schon die Bestimmung 3, 70, 1 u. 2 behüten, wo die Beachtung des Wendischen Rechts auf Civilstreitigkeiten beschränkt wird, während sonst in jenen Zeiten zwischen Criminal- und Civilsachen kein Unterschied gemacht zu werden pflegt [5]). Mehr Rücksicht wurde den eroberten Wenden nicht, und selbst diese vermuthlich nur in Beziehung auf die Wendischen Dörfer und Bauernrechte gewidmet [6]). Wenn es daher 1, 16, 1 heißt, Niemand könne ein anderes Recht erwerben, als ihm angeboren sei, verschmähe er dieses vor Gericht, und sage sich ein anderes zu, so verliere er Beides: so darf man diese Bestimmung nicht als eine besondere Anerkennung des angebornen Rechts für Ausländer nehmen, sondern als eine Vorschrift für Sachsen, vor Sächsischen Volksgerichten nach Sächsischem Rechte gerichtet zu werden. Und wie selbst dies Princip beschränkt war, beweist sich aus 1, 30. 3, 33, 5 und 3, 79, 2, wo von demselben ausdrücklich Ausnahmen angeführt werden.

4) Uebrigens führt die Bemerkung des Sachsenspiegels 1, 18, 3 a. E., daß die Sachsen all ihr altes Recht behalten, welches der christlichen Ehe und dem christlichen Glauben nicht widerstritten, zu der fast unvermeidlichen Annahme, es sei von ihnen viel mehr beibehalten worden, als ihnen das Christenthum gestattet, da es mehr oder weniger von ihrer individuellen Auffassung dieses Glaubens abhing, was sie als demselben widerstrebend oder damit verträglich ansahen.

5) Vgl. meine Vortr. 2, 1, 21. 64.

6) Vgl. Glosse zum Sachsensp. 3, 70, 1 mit Sachsensp. 3, 73, 3 u. 3, 44, 3.

Digitized by Google

So trifft man denn auch in unserem ältesten Statut nicht in den entferntesten Zügen eine Erinnerung an jenes System persönlicher Rechte. Ueberall tritt vielmehr ganz ersichtlich die Voraussetzung entgegen, daß ein Jeder, der in dem Weichbilde der Stadt sich aufhalte, dem Rechte derselben unterworfen sei, und ebenfalls für sich es in Anspruch nehmen könne, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob es ihm angeboren oder angeerbt sei. Dagegen machten sich Gastrecht und Bedürfniß der Gegenseitigkeit im Handel und Verkehr mit Fremden in einer Ausdehnung geltend, wie man sie selbst noch für das dreizehnte Jahrhundert in Beziehung auf die übrigen Germanischen Länder als selten bezeichnen kann, und worüber das Detail unten bei dem Gastrechte (§ 11 ff.) vorkommen wird. Hier muß die Betrachtung mit der Bemerkung geschlossen werden, daß die persönliche Freiheit bei unseren Vorfahren ganz andere Grundlagen gehabt hat, als das System persönlicher Rechte.

§ 5.

Recht des Ungebornen.

Was die Persönlichkeit des Menschen an sich betrifft (§ 2), so findet sich in den hiesigen Statuten nur eine einzelne Spur, daß ihm schon vor seiner Geburt ein rechtlicher Schutz widerfahren sei. Aber man war weit entfernt, bei der gesetzlichen Bestimmung, welche denselben gewährte, zunächst den Ungebornen zu berücksichtigen. Diese Auffassung der Rechtsverhältnisse muß als zu verfeinert für unser ältestes Statut noch zurückgewiesen werden. Vielmehr war es die Mutter, welche man nicht glaubte ohne bestimmten rechtlichen Anhalt lassen zu dürfen. Das alte Ordel steht im Statut von 1270 IV, 8, und ist so zu lesen:

> Dat wif ne schal me nicht wisen uth des mannes gude,
> de kind dreget, eer se des geneset.

Es findet sich auch 1292 F, 8, ferner in allen verwandten Statuten, Stad. III, 8 (Puf. I app. p. 188) Rig. 51 (Puf. III app. p. 240) Lub. Cod. Hach. III, 288, Verd. 19 (Puf. I app. p. 84) Brem. d. a. 1303 ord. 110 (p. Oelr. 131) d. a. 1428 2, 24 (p. Oelr. 354) d. a. 1433 stat. 20 (p. Oelr. 459), und zwar ohne für uns erhebliche Varianten, im Verdischen Statut offenbar in einer schon erweiterten Form. Ebenso im Sachsenssp. 3, 38, 2, und es ist bemerkenswerth, daß daselbst über die

Digitized by Google

Rechtsverhältniſſe Ungeborner und Neugeborner 1, 33 und 1, 36 noch fernere Beſtimmungen angetroffen werden, welche unſerem Statut, ſo wie ſeinen Parallelen fremd ſind. Falck allegirt zu unſerer Vorſchrift (Handb. des Schlesw.-Holſt. Privatr. 4, 84) zwar den Sachſenſp., aber die Stelle 1, 33, welche ſie nicht enthält, und ferner Jütſches Lov 1, 3. Weſtphalen zu Gries Commentar in der Tabelle 2, 360 citirt dazu Cod. Lub. Brok. 2, 71. 3, 103. Grammatikaliſch verdient es erwähnt zu werden, daß zu kind in allen Statuten der Artikel fehlt. Wichtiger iſt für uns die Frage, warum ſie ſämmtlich mit dem Landrecht grade dieſes Ordel haben? Es ſcheint auch hier die Antwort nur aus dem Recht der Gewalt gegeben werden zu können. Man betrachtete die Ehefrau nach Auflöſung der ehelichen Gewehrsgemeinſchaft durch den Tod nicht weiter zu Anſprüchen auf das gemeinſchaftliche Gut berechtigt, als das Princip der Auseinanderſetzung ſie beſtimmte, jedenfalls die Gemeinſchaft aufgehoben, falls ſie keine Kinder hatte. Des Mannes Erben durften ſie ohne Weiteres aus dem Gute, oder, wie einige Lübiſche Handſchriften leſen (vgl. Hach S. 483), aus der Wehre weiſen. Nur wenn ſie ein Kind unter dem Herzen trug, konnte ſie ſich in der Wehre behaupten. Ueber das Verhältniß, in welchem die Eheleute gegenſeitig zu einander hinſichtlich ihrer Güter während ihres Lebens ſtanden, kann unſer Ordel mit ſeinem Ausdruck des mannes gude nichts entſcheiden. Wir werden dieſen Gegenſtand im Zuſammenhange ſpäter unterſuchen, wir werden dann ermitteln, daß in Hamburg von jeher das Princip der ehelichen Gütergemeinſchaft beſtand, weshalb des mannes gud nur bezogen werden kann auf das Gewehrrecht, welches er als Inhaber des ehelichen Mundiums ausübte, und welches, freilich uneigentlich, berechtigte, das Geſammtgut des mannes gud zu nennen (§ 49 ff.). Uebrigens darf in unſerem Ordel nicht überſehen werden, daß es aus einer Zeit ſtammt, wo die Ehe allein das rechtlich anerkannte Geſchlechtsverhältniß war. Die Beſtimmungen des Sachſenſpiegels 1, 36 über das zu früh oder zu ſpät geborne Kind fehlen unſeren Statuten.

Aber das Statut von 1497 hat das Ordel bereits weggelaſſen. Warum das? Man muß ſich hier mit Vermuthungen begnügen. Vielleicht hatte man damals von dem Römiſchen Recht

Digitized by Google

schon so viel genauere Bekanntschaft erworben, daß dasselbe ebenfalls der schwangeren Wittwe nach dem Prätorischen Edict und vermittelst der bonorum possessio ventris nomine das Recht einräumt, in dem Besitze des Vermögens des verstorbenen Ehemannes zu bleiben T. T. D. de inspiciendo ventre (25, 4) T. T. D. si ventris nomine muliere (25, 5) T. T. D. si mulier ventris nomine (25, 6) T. T. D. de ventre in possessionem mittendo (37, 9). Es ließ sich nicht verkennen, daß diese Vorschriften einerseits dem Princip und Zweck des alten Ordels keineswegs widersprachen, und andrerseits eine viel vollständigere Legislation enthielten, als das lakonische Nationalrecht. Nur so erklärt sich die Lücke im Statut von 1497, welche um so auffallender ist, da damals der Wittwe noch nicht das Trauerjahr verliehen war, welches erst durch das neuste Statut von 1605 3, 3, 10 bei uns eingeführt ist[1]). Im Statut von 1270 treffen wir III, 14 für diese Beziehung nur eine mit dem Landrecht (Sachsenſp. 1, 22, 1) übereinstimmende Vorschrift. Sie kommt auch in zwei verwandten Statuten Stad. II, 14 (Puf. I app. p. 183) und Rig. 40 (Puf. III app. p. 237), sonst nicht, selbst nicht in den Handschriften des Lübischen Rechts, welche das Hamburgische aufgenommen haben, wohl aber in andern Handschriften desſelben (vgl. Cod. Brok. II, 62. III, 95. Cod. Hach. IV, 14) vor, ist in unseren späteren Revisionen nur 1292 E, 13 und 1497 J, 13 noch beibehalten, allein in der Langenbeckischen Gloſſe nicht erwähnt, und aus dem neusten Statut weggeblieben, wo sie der Vorschrift über das Trauerjahr Platz gemacht hat[2]). Nach dem unverkennbar alten Ordel mußte die kinderlose Wittwe sich den Einzug des nächsten Erben ihres verstorbenen Ehemannes ins Haus und seine Aufsicht über dessen Gut, so wie seinen Rath hinsichtlich des Begräbnisses (bygraft) und der Haushaltkosten während des ersten Monats (bynnen der ersten manet verst[3])) gefallen lassen, und es scheint hiernach die Wittwe das Recht

1) Klefeker 4, 509. Gries 2, 296 ff.

2) Vgl. Cropp Abh. 2, 574. 575.

3) Diese Monatfrist entspricht dem Dreissigsten des Landrechts, vgl. Sachsenſp. 1, 20. 22. 28. 33. 3, 15 und die von Homeyer im Register zum Sachsenſp. S. 303 citirten Sydow, Berck und Wilda.

Digitized by Google

gehabt zu haben [4]), das Begräbniß und ihren Unterhalt während dieser Monatfrist aus dem Gute des Verstorbenen unter Berücksichtigung des Rathes seines nächsten Erben zu bestreiten, was denn wohl von einer jeden, auch von der beerbten gegolten haben mag [5]). Das Ordel regulirte indessen die Verhältnisse darum so genau, damit der nächste Erbe das Recht der Gewalt an dem Gute, das auch in der Gewehr des Verstorbenen gewesen war, nicht weiter ausdehnen sollte, wie es denn ausdrücklich hinzufügt: Anders ne schal be nene wolt an deme gude hebben [6]). Uebrigens ist auch hier durchweg nur von ehelichen Verhältnissen die Rede, so wie denn das keusche älteste Statut andere Geschlechtsverhältnisse nur zweimal, und zwar in dem Ordel III, 16 [7]) mit dem Ausdruck unkûschheit, lediglich um zu bestimmen, daß der Theilnehmer einer Gemeinschaft das von ihm für diesen unsittlichen Zweck Verwendete allein bezahlen müsse, und IX, 1 u. XII, 13 mit dem Schimpfwort Horen Sone berührt, das als mit Verläumdungen auf derselben Linie stehend bezeichnet wird. Dagegen wird nur des rechtmäßigen Geschlechtsverhältnisses überall, wo Rechte der Geschlechter und Eltern berührt werden, unter den Ausdrücken echteschup, echten gaden X, 6, echte Kinder gedacht [8]).

§ 6.

Geschlechtsunterschiede.

In Beziehung auf den rechtlichen Unterschied des Geschlechts begegnet man bei unseren Vorfahren so merkwürdigen Zügen, daß sie schon hier in einer Uebersicht zusammengestellt zu werden verdienen, ungeachtet das weitere Detail über das Mundium und über die Beziehungen des weiblichen Geschlechts im Hause und in der Familie natürlich für das Eherecht (§ 44 ff.) vorbehalten bleiben muß. Unseren Germanisten kann man hier die

4) Ebenso der Mann wie die Frau bei kinderloser Ehe 1292 E, 18. 1497 J, 19.

5) Vgl. Gries a. a. O. S. 298.

6) Vgl. über wold im Gegensatz des Rechts der Gewehr meine Vorträge 2, 2, 191. 192.

7) Vgl. meine Vorträge 2, 2, 256.

8) Vgl. Harder Beitrag zum Eherechte S. 5 ff. S. unten § 97.

Digitized by Google

seltsamsten Widersprüche nachweisen. Während Eichhorn[1]) die Frau als eine Waare, als den Gegenstand eines eigentlich höchst gemeinen Handels in Veranlassung seiner Ansicht von alten Deutschen Volksrechten schildert, welche jedoch vor einer solchen Auffassung schon dadurch hätten bewahren müssen, weil sie durchweg es hervorheben, daß sie nur von freien Frauen handeln: so stellte Maurenbrecher[2]) an die Spitze dieser Materie die Behauptung, daß die Achtung und Gleichstellung des weiblichen Geschlechts der Charakter der romantischen Zeit und der Germanischen Völker sei: eine Behauptung, welche mit vielen gesetzlichen Bestimmungen ganz und gar nicht in Einklang gebracht werden kann. So hat man mit Unrecht in dieser Beziehung dem Römischen Recht eine herzlose Tyrannei vorgeworfen[3]). Wenn ein anderer Gelehrter trotz seiner, wie wir weiterhin sehen werden (§ 34), mangelhaften Auffassung des Mundiums, die Stellung der Deutschen Frau im Familienleben und bei dem Hauswesen als „eine im höchsten Grade würdige“[4]) bezeichnet, so läßt nur nach einer näheren Verständigung über den Sinn dieser Bezeichnung selbige sich billigen. Darin kann man freilich nichts Unwürdiges finden, selbst bei einer blos rationellen Betrachtung der Verhältnisse, daß man die Weiber ausserhalb ihres häuslichen Wirkungskreises von der Verwaltung aller Aemter ausschloß. Ebenso wenig läßt sich als ein Beispiel unwürdiger Erniedrigung die Geschlechtsvormundschaft anführen (vgl. unten § 108), von welcher wir uns weiterhin überzeugen werden, daß sie erst 1270 allmälig die frühere ungewöhnliche Selbstständigkeit des Geschlechts beschränkte, und gewiß nicht zur Demüthigung, sondern zum Schutze und zur Vertheidigung des weiblichen Geschlechts rechtlich eingeführt wurde. Beiläufig darf dabei schon hier erinnert werden, daß, wenn der Mutter als Wittwe die Vormundschaft über ihre ehelichen Kinder zustand, dies nicht als eine Ausnahme[5]) von der Regel, welche das weibliche Geschlecht, wie erwähnt,

1) Deutsche R. G. 1, 340 ff.
2) D. Privatr. § 129.
3) Vgl. dagegen Savigny System des R. R. 1, 350 ff.
4) Cropp Abh. 2, 437.
5) Wie Falck Schlesw.-Holst. Privatr. 4, 91 es aufzufassen scheint.

Digitized by Google

zur Verwaltung von Aemtern unfähig erachtete, zu betrachten iſt, indem die Vormundſchaft, wie wir weiterhin (§ 107) ſehen werden, bei unſeren Vorfahren gar nicht als ein Amt aufgefaßt ward. Wenn es den oberflächlichen Anſchein hat, als ob die Ehefrau bei uns, ungeachtet das Sächſiſche Landrecht ſie als Genoſſin des Ehemannes bezeichnet [6], unter dem Züchtigungsrecht dieſes ihres Genoſſen geſtanden habe, ſo werden wir (§ 34 und 44) ſehen, daß dies in einem ganz anderen Sinne aufgefaßt werden muß, als in unſerer Zeit es geſchehen könnte, und wie wenig die Sitte mit einem ſolchen angeblichen Rechte harmonirte, beweiſt ſich vielleicht auch aus den kleinen Zügen, denen wir in unſerem älteſten Reſignationenbuch begegnen [7]. Bei mehreren Verlaſſungen wird die Ehefrau vor dem Ehemanne, ſie wird ſeine domina genannt 6, 25. 28. 15, 16. 33, 1. Es kommt ſelbſt der Ausdruck domina für Ehefrau und Wittwe, ja ſelbſt da vor, wo der Mann das Prädicat nicht erhält (§ 75), wovon domicella, unſer Demoiſelle, das ſich auch im Lüb. Recht Hach. I, 17 findet, das Diminutiv geweſen ſein wird 49, 20. Auch ſcheint die Vorſchrift 1270 IX, 13 [8], daß eine Frau wegen Schulden nicht perſönlich gepfändet werden kann, wie der Mann, der Ehrfurcht vor dem Geſchlecht ihre Entſtehung zu verdanken [9]. Dagegen

---

6) Sachſenſp. 1, 45, 1. 3, 45, 3. Vgl. Grimm Deutſche R. A. S. 447 oben. Cropp a. a. O. S. 438 Anm. 15. Vgl. Kraut Vormundſchaft 1, 182 ff.

7) Zeitſchr. unſeres Vereins 1, 3, 329 ff.

8) Vgl. darüber Harder a. a. O. S. 58, und unten § 48.

9) Beiläufig iſt ſchon hier zu erinnern, daß Cropp Abh. 1, 10 Anm. 12 dieſe Stelle mit Unrecht allegirt, um darzuthun, daß ſchon damals Regel geweſen, der Ehefrau ohne Conſens ihres Ehemannes als ihres rechten Vormundes das Recht gänzlich zu verweigern, ſich rechtsgültig weiter, als für des Hauſes Nothdurft zu verpflichten. Cropp hat die Stelle, welche noch nicht weiter ging, als den Kauf dem Weibe zu unterſagen, und welche ſich auch in den Handſchriften des Lübiſchen Rechtes findet, die das Hamburgiſche recipirt haben Cod. Hach. III, 364, darum extendirt, weil er mit Unrecht meinte, das davon abweichende Lübiſche Recht Cod. Hach. I, 21. II, 96. III, 134, könne ebenſo zur Interpretation des Hamburgiſchen dienen, wie das ſpätere Hamburgiſche zur Auslegung des älteren. Vgl. Weiteres § 66 ff.

Digitized by Google

muß ich für Hamburg beſtreiten, daß man im dreizehnten Jahrhundert Frauen als Bürgen zugelaſſen hätte, und daß die Beſchränkungen ihrer Bürgſchaft erſt durch das Römiſche Recht eingeführt wären[10]). Unſer älteſtes Statut dachte überall nicht daran, daß Frauen Bürgſchaften übernehmen könnten und würden, es widerſtrebte dies durchaus den gewöhnlichen und häufigſten Fällen, wo Bürgen beſtellt zu werden pflegten[11]), und den Anſichten von der ſofortigen perſönlichen Haft des Bürgen und ſeiner Preisgebung an die Selbſthülfe des Gläubigers[12]). Daher erklärt es ſich auch, daß unſer älteſtes Reſignationenbuch nicht ein einziges Beiſpiel einer weiblichen Interceſſion aufweiſt. Zwar meint Herr Dr. Reimarus (S. 440), die Ehefrau des Nortmann von Herslo habe, als ihr Ehemann ſeinem Bruder das halbe Erbe, welches er mit dem Herrn Heinrich Löwenſohn (Leonis) hatte, reſignirt, die Bürgſchaft übernommen 181, 18 ff. Allein wie denn jedenfalls ein Beweis aus einem einzelnen Worte ſeine Bedenklichkeiten hat, ſo ſcheint dort das consentiente uxore et fideiubente nichts weiter als eine Ueberſetzung des 1270 I, 20 vorkommenden ere vullbort[13]) vnde ere jawort zu ſein. Man würde aber wohl fehlgreifen, wenn man den Umſtand, daß Frauen bei uns nicht zu Bürgſchaften zugelaſſen wurden, aus

10) Vgl. Maurenbrecher S. 284 Anm. 8. Kraut Vormundſchaft 2, 516 Anm. 4 und Cropp Abh. 1, 144. Ich weiche darin von dieſen Gelehrten ab, daß ich meine, man ſei im dreizehnten Jahrhundert gar nicht darauf verfallen, Weiber als Bürgen zuzulaſſen, daß ſomit die Frage nicht zur Entſcheidung kam, ob weibliche Bürgſchaft gültig und wirkſam ſei. Das Mundium giebt hier keinen Ausſchlag, ebenſo wenig das von Kraut allegirte Magdeburger Schöffenurtheil, bei welchem Einmiſchung des Römiſchen Rechts möglich iſt.

11) Vgl. meine Vorträge 2, 2, 270 ff.

12) Vgl. daſelbſt S. 318 Abſ. 2.

13) Vullbort iſt ein eigenthümlich Deutſcher, dem Römiſchen Recht fremder Begriff, weshalb der Schreiber des Reſignationenbuchs den Römiſchen fideiubere ſubſtituirte. Vullbort hier und 1, 12 ſetzt eine Perſon voraus, die einen Vormund hat, und neben ihm das von ihm vorgenommene Rechtsgeſchäft beglaubigt, vervollſtändigt, ergänzt. Der Sprachgebrauch des Sächſiſchen Landrechts iſt allgemeiner, vgl. Sachſenſp. 2, 12, 10. 14, aber der Etymologie weniger entſprechend.

Digitized by Google

ihrer allgemeinen Nichtdispositionsfähigkeit herleiten wollte. Diese läßt sich für Hamburg nicht behaupten, wenn man nicht den Rechtszustand des dreizehnten Jahrhunderts mit späterem verwechseln will. Sogar letztwillige Vergabungen, die bekanntlich anderswo überall gar nicht oder nur unter großen Beschränkungen gestattet waren [14]), erlaubte das Ordel 1270 IV, 4 nicht blos Frauen, sondern auch Jungfrauen und Wittwen, freilich nur zu milden Zwecken und van eren klederen vnde van erem ingedom, so daß, wie viel man hier auch dem Einflusse der damaligen Religiosität, welchen das emphatische, durch alle Parallelstellen beibehaltene mot wol bestätigt, beimessen will, doch immer eine sehr bedeutende Dispositionsfreiheit dem weiblichen Geschlecht gestattet gewesen sein muß. Dieses Ordel, welches 1270 u. 1276 und ebenso Stad. III, 4 (Puf. I app. p. 187), Rig. 47 (Puf. III app. p. 239) und in mehreren Handschriften auch Cod. Lub. Hach. III, 284 (vgl. Hach S. 481) vrouwe liest, um einer anderen Lübischen Handschrift und unserer Statuten von 1292 F, 4. 1497 K, 10 willen schon für das dreizehnte Jahrhundert auf Wittwen einerseits zu beschränken, andrerseits nur von Jungfrauen zu verstehen, also verheirathete Frauen auszuschließen, dazu findet sich kein genügender Grund [15]). Vielmehr ist hier einer der Fälle, wo dem weiblichen Geschlecht ursprünglich auch ohne Vormund eine rechtlich wirksame Verfügung ausdrücklich eingeräumt, und dies sogar bis in das funfzehnte Jahrhundert gesetzlich ausgesprochen ist, was sich in unseren weiteren Erörterungen (vgl. namentlich auch § 73) umständlicher erklären lassen wird.

§ 7.

Rechtliche Berücksichtigung des Gesundheitzustandes.

Um das zuletzt erwähnte Ordel auch noch von einer andern Seite zu betrachten, so würde man überhaupt in einen andern

14) Pauli eheliche Erbrechte 1, 40. 3, 160. 179. Freilich aus Gründen, welche ich nicht für ursprünglich reines Germanisches Recht anerkennen kann, vgl. unten § 71.

15) Vgl. Cropp Abh. 2, 542 Anm. 196 und Harder S. 61 u. 87. Hier ist besonders die Langenbeckische Glosse bei Lappenberg S. 275. 276 zu vergleichen, die ersichtlich von einer solchen Beschränkung nichts weiß.

Digitized by Google

Irrthum verfallen, wenn man in den rechtlichen Beziehungen der menschlichen Persönlichkeit bei unseren Vorfahren eine besondere Berücksichtigung der Lebenskraft und Gesundheit annehmen wollte. Vielmehr kam bei uns der Gesundheitszustand viel weniger als im Römischen Rechte und selbst weniger als in andern Altdeutschen Statuten und sonstigen Rechtssammlungen[1]) in Betracht. Namentlich bei Verfügungen über das Vermögen wird die Berechtigung dazu ausdrücklich anerkannt, he sy seek ofte sund 1270 I, 12[2]) VI, 7[3]), und die Ordele VI, 2[4]) und VII, 19[5]) setzen sogar ohne alle Einschränkung voraus, daß der Testirer oder wer sich mit seinen Gläubigern auseinandersetzen will, seek sei, und wie das erstere dieser beiden Ordele hinzufügt, an syneme lesten ende legbet. Das Alter dieser, 1292 und 1497 beibehaltenen Vorschriften erkennt man insbesondre an der Unbestimmtheit und Allgemeinheit des Ausdrucks Krankheit, welcher sich sogar ins neuste Statut 3, 1, 11 herübergepflanzt hat. Uebrigens wird Krankheit einmal auch unter den Ehehaften, d. h. den gesetzlichen Entschuldigungs- oder Abhaltungsgründen namhaft gemacht, nämlich 1270 VII, 19 a. E.

Es läßt sich gar nicht verkennen, daß unser statutarisches Recht besonders darin, daß es zu letztwilligen Verfügungen grade auch Kranke befugt erachtete, einen eigenthümlichen Grundsatz sanctionirt hat, während ein gewisses Maaß leiblicher Kraft (vgl. Grimm a. a. O.) nach anderen alten Deutschen Rechten grade Bedingung für Theilungen oder Vergabungen gewesen ist. Vielleicht übte hier der Gegensatz zwischen friedlichen bürgerlichen und kriegerischen Lebensverhältnissen seinen Einfluß aus.

§ 8.

Rechtsvorschriften über den Aufenthaltsort.

Weit öfter beschäftigen sich unsere ältesten Ordele mit dem Aufenthaltsorte einer Person, und legen demselben eine rechtliche

1) Vgl. Grimm R. A. S. 96 u. 483. Falck a. a. O. S. 109 Anm. 95. Maurenbrecher D. Privatr. 1, 284.
2) Vgl. über dies Ordel meine Vortr. 2, 2, 191. S. auch 1, 217.
3) Vgl. daf. 2, 2, 311. S. auch 1, 203. 2, 1, 26 Anm. 2.
4) Vgl. daf. 1, 203. 2, 1, 27.
5) Vgl. daf. 2, 1, 26 Anm. 2. 2, 2, 311.

Digitized by Google

Bedeutung und Wirksamkeit bei, welche sich mit dem System persönlicher Rechte (§ 3 ff.) schwerlich würde in Einklang bringen lassen, und schon darum hier eine etwas umständlichere Erörterung rechtfertigen dürfte.

In Beziehung auf den Aufenthaltsort einer Person kommen in unseren alten Statuten mehrere Ausdrücke vor, welche vorweg erläutert werden müssen, da von ihrer Bestimmung einige alte Ordele ihr Verständniß erhalten. Freilich muß auch hier davon ausgegangen werden, daß man scharf begränzten Kunstausdrücken in unseren Statuten überall nicht oder doch nur selten und ausnahmsweise begegnet, wie denn die Ausbildung einer eigentlichen und bestimmten Rechtssprache von einer Zeit, wo das Recht noch ein Gemeingut der ganzen Nation, und nur sparsam in schriftlichen Denkmälern festgestellt war, sich nicht annehmen läßt [1]).

Zuerst wollen wir uns mit der Frage beschäftigen, was heißt der häufig [2]) vorkommende Ausdruck buten landes syn, was heißt zunächst buten landes? Falck [3]) bemerkt bei der Gelegenheit, daß er erwähnt, der Ausdruck finde sich auch im Dithmarscher Landrecht, in den Neumünsterschen Kirchspielsgebräuchen, im Husumer Stadtrecht und im Jütschen Lov, daß im Dithmarscher und Eiderstedtschen Landrecht unter Land die Landschaft, in den

1) Man wird im Widerspruch mit Roßhirt (in dessen Zeitschr. 6, 1, 127) behaupten müssen, daß es für eine gehörige Auffassung der Rechtsgeschichte des Mittelalters und zwar für die dazu unentbehrliche Herausscheidung des Germanischen Elements nicht so sehr darauf ankommt, die Germanische Rechtssprache zu kennen. Theils hatte sich eine solche nicht durchaus für Deutsche Rechtsauffassung in dem Maaße gebildet, wie in dem vollendeten Römischen Recht, theils ist auch hier der Einfluß der Römischen Sprache thätig gewesen, da viele Urkunden und Rechtssammlungen des Mittelalters in dieser geschrieben waren, und die Schreibenden es daher als eine von ihnen zu lösende Aufgabe betrachteten und wohl betrachten mußten, für die Deutschen Rechtsideen Römische Ausdrücke aufzufinden. Dadurch wird z. B. die Verwechselung von Gewehr mit Besitz und Eigenthum, von Anfang mit Vindication erklärlich. Ein anderes Beispiel s. oben § 6.

2) Stadtr. von 1270 I, 6 a. E. III, 9. VI, 31. VII, 2. 13, 1. 15. IX, 18.

3) Schlesw.-Holst. Privatr. 4, 118.

Digitized by Google

Neumünsterschen Kirchspielsgebräuchen und im Jütschen Lov das ganze Herzogthum Holstein verstanden werden müsse. Gries (I, 259) meint, Land begreife bei uns die Stadt und deren Gebiet, namentlich 1270 I, 6; wenigstens bezeichne land bei uns nicht Deutschland. Er beruft sich darauf, daß 1605 2, 6, 14 und 2, 8, 7 für „ausserhalb Landes" „ausheimisch" gesagt werde, und es keiner Erörterung bedürfe, daß der Ausdruck „ausheimisch" sich auf den Aufenthalt ausserhalb der Stadt und deren Gebiets erstrecke. Hier kann man ihm zwar in so fern beipflichten, daß der Ausdruck buten landes nicht von Deutschland zu verstehen sei[4]). Allein wenn das in den alten Ordelen von 1270 I, 6 und VII, 2[5]) vorkommende buten landes 1605 an den erwähnten Stellen mit ausheimisch wiedergegeben wird, so folgt daraus nur, daß man es damals, 1605, so verstanden, oder vielleicht gar nur, daß man derzeit beschlossen habe, es so zu verstehen. Wie man es aber keiner Erörterung bedürftig finden will, daß 1605 ausheimisch sich auf den Aufenthalt ausserhalb der Stadt und deren Gebiets sich erstreckt, mit welchem Ausdruck doch wohl gesagt werden sollte, daß es auch das Gebiet mit umfaßt: das ist nicht verständlich. Auch dies würde vielmehr noch einer Rechtfertigung bedürfen. Man wird vorziehen müssen, zuvörderst zu untersuchen, welche Bedeutung hatte buten landes 1270, und sodann, ob sich 1605 eine andere dafür annehmen läßt?

§ 9.

Was heißt 1270 buten landes?

Um die Bedeutung des Ausdrucks in unserer ältesten Rechtssammlung zu ermitteln, werden die Gegensätze zu prüfen sein.

---

4) So wie denn die Einheit Deutschlands, das Zusammenfassen der verschiedenartigen Deutschen Volksstämme unter einen allgemeinen Nationalverband ein modernes theoretisches, aber unhistorisches Postulat ist, obgleich diese Theorie etwas ungemein Wohlthuendes unstreitig hat, und unter den Ueberschwenglichkeiten unserer heutigen Radikalen noch am ehesten verdient als ein frommer Wunsch betrachtet zu werden.

5) Dies Ordel VII, 2, offenbar die Quelle von 1605 I, 30, 3 und 2, 8, 7, fehlt in den Sammlungen von 1292 und 1497. Der Grund dieses Fehlens ist bisher noch unerklärt, Lappenberg Vorr. zu den R. A. I, CXVII. Gries I, 258 Anm.

Digitized by Google

In dem Ordel vom Vorbringen des Gewährsmannes VII, 15 stehen binnen der Stad und buten landes einander entgegen. Es wird nicht bezweifelt[1]), daß das Lübische Recht Cod. Hach. I, 79 und II, 185, Lappenberg sagt sogar etwas emphatisch „wörtlich," mit jenem Ordel übereinstimmt. In der ersten Lübischen Handschrift steht für binnen der Stad: intra terrae terminos, wofür die zweite hat binnen landes. Von den verwandten Statuten haben Rig. 98 (Puf. III app. p. 255) und Lub. Cod. Hach. III, 340 unsere Lesart, Stad. VII, 12 (Puf. I app. p. 213) liest binnen landes, Verd. 79 (Puf. I app. p. 104) inheimisch, und Brem. d. a. 1433 2, 82 (p. Oelr. 539) inhemes mit dem Zusatz edder also dat he komen moghe to deme negheſten rechte ꝛc. Hiernach darf man annehmen, daß der sich in so vielen Statuten findenden Vorschrift ein gemeinschaftliches Landrecht wird zum Grunde gelegen haben, und daß sie, wenn sie sich im Repkowischen Spiegel nicht findet, nichtsdestoweniger dahin gehört, und nur von dem Anhaltschen Sammler übersehen sein mag. Ich trage daher auch kein Bedenken, zuzugeben, daß die ursprüngliche Lesart binnen landes, intra terrae terminos, wie sie sich in dem älteren[2]), in Lateinischer Sprache abgefaßten Lübischen Recht findet, gewesen ist[3]). Der Ausdruck binnen landes kann als aus dem allgemeinen Landrechte, wo er nach Homeyer (Register zum Sachsenſp. S. 346) Sachsen, oder Bezirk, Provinz bezeichnete, entlehnt, also etwa als ein Kunstausdruck des Landrechts angesehen werden, den man ebenso wie seinen Gegensatz buten landes auch in den Städten beibehielt, ohne daran zu denken, daß ihm hier eine ganz andere Bedeutung untergelegt wurde. Die Verdener und besonders die Bremer Statute, welche

1) Vgl. Lappenberg a. a. O. Dagegen meine Vortr. 2, 2, 228.

2) Vgl. deshalb Hach S. 20.

3) Da es anderweitig ziemlich auſſer allem Zweifel gesetzt ist, daß Stade sein Statut von Hamburg erhalten hat, vgl. meine Vorträge I, 2, 475 ff.: so kann, wenn das Stader Statut binnen landes liest, daraus nicht gefolgert werden, daß es hier anders woher die ältere Lesart aufnahm, sondern daß man den Ausdruck des Hamb. Statuts binnen der Stad bei den anderweitigen Jurisdictions-Verhältnissen von Stade ungeeignet gefunden, und daher willkührlich so abgeändert hat.

Digitized by Google

unter den vorhin erwähnten die jüngeren sind, und dem vierzehnten und funfzehnten Jahrhundert angehören, geben dem Ausdruck eine Auslegung, welche mehr auf ihre besondere Auffassung des Zwecks der Vorschrift sich lehnt, die aber für uns ebenso wenig maaßgebend sein kann, als wenn der Ausdruck „einheimisch" zufällig auch in unserem Statut von 1605 anzutreffen ist. Daß aber binnen der stad in unserem Ordel VII, 15 mit binnen landes gleichbedeutend genommen wird, daß man binnen der stad und buten der stad, was wir 1292 N, 10 finden, so wie in desser stad auch 1270 X, 7 dem buten landes entgegengesetzt wird, und somit auch buten der stad 1270 VII, 11 als synonym mit buten landes genommen werden kann: dies führt uns Alles auf die wahre Bedeutung des buten landes. Es steht nämlich dem beslaten wicbelde VII, 11, dem Gerichtsbezirk des städtischen Niedergerichts entgegen, weshalb auch VII, 15 wenn der Warand in der Stadt selbst sich befindet, der Parthei, welche ihn vorzubringen hat, keine besondere Frist (dagh) verstattet wird. Ebenso wenig kann die Redensart ute der Stad varen, welche von dem Miethsmanne gebraucht wird, wenn gegen ihn seinem Hauswirth und Gläubigern die Selbsthülfe gestattet sein soll 1270 I, 9. VI, 15 (vgl. Vortr. 2, 1, 104 ff. 2, 210), von dem Käufer, der selbst bei einem Zeitkauf einen Bürgen stellen soll 1270 VI, 23 (vgl. Vortr. 2, 2, 201. 294) von dem Schuldner, der um seiner Nahrung willen die Stadt verläßt, und dem daher, falls man ihn verklagt, eine Frist bewilligt wird (leggen einen dag) 1270 I, 15 vgl. VII, 13, 2. 3, — in dem Sinne genommen werden, daß, wenn der Mann nicht auch aus dem Gebiete der Stadt sich entfernt, die Vorschriften nicht auf ihn anwendbar sein sollten.

Scheint hiernach der Ausdruck buten landes nach dem Gegensatz binnen landes ziemlich unbedenklich nur den Jurisdictionsbezirk des städtischen Niedergerichts auszuschließen, so ist andererseits sein Umfang weniger übereinstimmend in den erwähnten Statuten aufzufassen. Die beiden Lübischen Handschriften, Cod. Hach. I u. II, setzen dem buten landes das ultra mare (ouer se) entgegen, Verden und Bremen haben keinen Gegensatz nach dieser Seite hin, die Uebrigen haben den Ausdruck in eineme anderen Konyngryke, ebenso 1292 H, 13. E, 10 und 1270 VII, 13, 2.

Digitized by Google

1292 H, 11. 1497 E, 9, wo der Ausdruck sogar in 1605 I, 28, 14 übergegangen ist. Man sieht hier also, daß nach diesem Gegensatz hin das land das Deutsche Reich bezeichnet, und vielleicht bei der Festsetzung einer nur sechswöchentlichen Frist für die ausserhalb des städtischen Weichbildes, aber innerhalb der Gränzen des Deutschen Reiches sich Aufhaltenden berücksichtigt wird, daß der 1270 I, 15 erwähnte Brief des Raths, welcher die Frist bestimmte, durch einen Boten[4]) dem Betheiligten, wie wir aus den Vehmgerichtsacten (Beitr. I, 260 und 273) ersehen, insinuirt werden konnte, sofern er sich innerhalb der Reichsgränzen aufhielt.

Kein Ordel von 1270 giebt übrigens einen Nachweis darüber, ob bei dem buten landes syn ein bloßer Aufenthalt oder ein fester Wohnort gemeint worden ist, vielmehr scheint darin kein Unterschied gemacht worden zu sein.

§ 10.

Das Statut von 1605.

Läßt sich nun das eben für die älteren Statute ermittelte Resultat auf das Statut von 1605 anwenden?

Hier kommen folgende Umstände in Betracht. Nur I, 30, 3, die Verfügung über radicirte Gegenstände, hat aus 1270 I, 6 a. E. und VII, 2 den Ausdruck „ausserhalb Landes" beibehalten, so auch der Receß von 1618, ohne daß dazu von den Commentatoren Etwas bemerkt wäre. In der Vorschrift über Verjährung I, 21, 2 wird der Ausdruck „Anwesende und Abwesende" ebenfalls nirgends näher erläutert. In dem Artikel von Zeugen I, 28, 14 (1270 VII, 13, 1) wird der Zeuge in „dieser Stadt oder deren Jurisdiction" Demjenigen „ausserhalb unserer Botmäßigkeit," und dieser wiederum Demjenigen „in einem fremden Königreiche" entgegengesetzt, ohne daß diese Ausdrücke von unseren Commentatoren erläutert würden. Es fragt sich, sind danach für I, 30, 3 und I, 21, 2 die Ausdrücke ebenso zu verstehen? Ich möchte diese Frage aus mehreren Gründen nicht bejahen. Theils steht hier zuvörderst das eben für die alten Statute gewonnene Resultat entgegen, theils möchte ich auch um des-

4) Subsidial-Insinuationen scheint man im funfzehnten Jahrhunderte noch nicht gekannt zu haben.

Digitized by Google

willen jenen Bestimmungen in I, 28, 14 keinen analogen Einfluß einräumen, weil die Gegensätze keineswegs scharf gedacht zu sein scheinen, theils aber kommt jetzt auch Ritzebüttel und das beiderstädtische Gebiet mit in Anschlag, und selbst für einen Bewohner des Hamburger privativen Gebiets in Volksdorf oder Farmsen stellt es sich als hart und inconsequent heraus, gegen ihn eine Verjährung unter Anwesenden, falls er mit einem Bewohner der Stadt oder ihrer Vorstädte zusammentrifft, anzunehmen. Es würde daher bedenklich sein, den Ausdruck in I, 30, 3 über Stadt und Vorstädte auszudehnen, zumal seitdem diese gemeinschaftliche von demselben Personal geführte Hypothekenbücher haben, was mit dem Gebiet nicht der Fall ist, bei welchem auch noch vielleicht der Umstand in Anschlag zu bringen ist, daß sie dort nicht, sondern in der Stadt geführt werden.

§ 11.

Gäste.

Was bei uns die rechtliche Bedeutung des Wohnorts und der Heimath betrifft, so hat für die alten Statute, die uns hier zunächst beschäftigen, auffer den von mir über Gerichts-Competenz schon anderswo mitgetheilten Bemerkungen (vgl. Vorträge I, 2, 206 ff. 2, I, 62 ff.) nur der Ausdruck gast Interesse.

Dieser Ausdruck gast ist vor allen Dingen nicht mit dem allgemeineren Fremdling [1]) zu verwechseln, welcher auch in unseren ältesten Statuten vorkommt (1270 VI, 29, 3 und IX, 30), sondern überhaupt sowohl in unseren Statuten als auch im Sachsenspiegel I, 20, 7. 3, 78, 7 nur von demjenigen Ausländer zu verstehen, der sich augenblicklich und vorübergehend bei uns aufhält, vgl. Vortr. 2, I, 63 [2]).

---

1) Beide Ausdrücke werden auch Lub. Hach. III, 136 unterschieden, wo es von Vormündern eines Bürgerkindes heißt: Neyn gast edder nen vremet man mach it weſen.

2) Dieſer Unterſchied wird von Lappenberg, z. B. Vorr. zu den R. A. S. LIV nicht genügend beachtet, wenn er die Vorſchrift von 1270 XII, 6, die ausdrücklich nur von Gäſten redet, ohne Weiteres von Fremden verſteht. Nur die Analogie kann ihre Ausdehnung auf dieſe rechtfertigen. Ebenſo 1270 XII, 10 vgl.

Digitized by Google

Darin findet sich zwischen unseren Statuten und denen anderer Städte eine Uebereinstimmung, daß sie den Verhältnissen der Gäste eine viel größere Aufmerksamkeit widmen, als das Landrecht; aber davon, daß sie das System persönlicher Rechte (§ 3 ff.) beobachtet hätten, läßt sich nirgends eine Spur ermitteln, wenn man nicht die Rücksichten dafür nehmen will, welche unverkennbar nur dem Verkehr und Handel, so wie dem Recht der Gewalt und Selbsthülfe gewidmet werden: Rücksichten, die veranlaßten, daß man namentlich den allgemeinen Germanischen, in Hamburg bereits aufgegebenen oder bekämpften Vorurtheilen annoch einen größeren Vorschub leistete, als es gewiß sonst der Fall gewesen sein würde, und als es der Gleichstellung mit den eigenen Bürgern angemessen war.

Es ist bemerkenswerth, daß der Sparsamkeit der gesetzlichen Vorschriften unserer ältesten Rechtssammlung ungeachtet acht Ordele von Gästen handeln, und daß ausserdem auch im Statut von 1292 ebenfalls nicht weniger als acht besondere Verfügungen sich mit ihren Rechten beschäftigen.

In einem unserer ältesten Ordele 1270 VI, 6 (vgl. Vortr. 2, 5 Anm. 5) werden über die Civil- und Criminalklagen eines Gastes gegen den andern Bestimmungen angegeben. Hier findet sich die merkwürdige Berücksichtigung Fremder, daß man noch[3]) das Besiebenen im Criminalprocesse, die einzige Spur davon in unseren Statuten, und den bei uns 1270 längst abgekommenen Gebrauch der Eideshelfer gestattet (vgl. Vortr. 1, 2, 411 Anm. 5). Aber der Gast kann bei uns nur wegen eines der vier schwersten Verbrechen, Raub, Mord, Kirchenbruch und Mordbrand, binnen beslaten wichelde gedan, criminell verfolgt werden, und wegen Geldschuld, die er an einen andern Gast hat, nur dann hier klagen, wenn er sie mit vnsen borgeren, als seinen Eideshelfern, zu beschwören vermag[4]). In der Redaktion von 1292 G, 6

meine Vorträge 1, 2, 411 Anm. 3. Auch Göschen, der in Beziehung auf Goslar S. 519 ff. von Gästen handelt, hebt jenen Unterschied nicht hervor.

3) Ebenso Lub. Hach. III, 224.

4) Eine ähnliche Vorschrift in Lub. Hach. III, 192 verlangt nur eynen vnser borger.

Digitized by Google

wird das Recht des Gastes, den andern Gast wegen Civilforderungen hier zu verklagen, durch einen Zusatz, der von neuer Hand am Rande beigefügt (vgl. Lappenb. S. 126), und erst im Statut von 1497 E, 25 dem Text einverleibt ist[5]), auf eine solche Forderung beschränkt, de binnen desser stad ghemakt is. Man würde aber irren, wenn man diese scheinbare Beschränkung der größeren Ausbildung der Competenzbegriffe beimessen, und etwa annehmen wollte, die Evocation sei für unerlaubt gehalten worden, wenn hier nicht der Gerichtsstand des Vertrags gewesen. Nicht einmal dem funfzehnten Jahrhundert läßt sich ein solcher Fortschritt beilegen, wie dies die in der Anm. 5 erwähnte Glosse beweist. Dagegen wurde der Katalog der auch gegen einen Gast hier verfolgbaren Verbrechen, falls sie binnen beslaten wichelde verübt sind, durch den Zusatz edder des ghelik erweitert, der ebenfalls von neuer Hand ist, und sich auf unseren, vom Landrecht (s. Glosse zu Sachsenſp. 1, 67) abweichenden, von unserer Glosse zu 1497 O, 2 bestätigten Gerichtsgebrauch gründet, daß bei uns die Verfestung bei einem jeden Vergehen eintreten kann, nicht blos bei denjenigen, welche „an Leben und Hand gehen," wie unsere Glosse dort sagt, oder quae ad manum vel ad collum cedunt, wie es in der Urkunde des Grafen Adolf 3 heißt (Vortr. I, 187).

Unser Ordel VI, 6 hat am Schlusse 1292 noch einen Zusatz von neuerer Hand, wonach Willkühren oder Briefe, in denen sich der Rath wegen dieser Stücke verbindet, in ihrer Macht verbleiben sollen. Auch dieser Zusatz ist mit den andern Beiden 1497 in den Text aufgenommen, und es läßt sich nach anderen Beispielen der Art vermuthen, daß die Zusätze insgesammt dem funfzehnten Jahrhundert angehören.

Das bereits 1292 H, 21 modificirte Ordel ist 1605 ganz weggeblieben. Es darf schon aus diesem Umstande abgeleitet

---

5) Die Glosse bemerkt hier, wenn die Schuld ausserhalb der Stadt contrahirt sei, so würden auch Gäste de gude lude synt, vnde also hoge in steden edder in landen myt erue beseten syn, alse de schult ys dar se vp tughen scholen, als Zeugen zugelassen, in Gemäßheit der aus 1292 H, 21 in 1497 E, 29 herübergenommenen Vorschrift.

Digitized by Google

werden, daß es einem Rechte sein Dasein verdankt, welches 1605 eine legislative Bedeutung nicht mehr hatte, nämlich dem Recht der Gewalt, dem das Ordel vorbeugen sollte, wenn man nicht annehmen will, daß durch die 1605 allgemeiner mögliche Rechtshülfe das alte Gastrecht entbehrlich gemacht worden sei.

Uebrigens enthält das Stader Statut V, 6 (Puf. I app. p. 192) für den Gast hinsichtlich des Beweises noch größere Erleichterungen, als bei uns. Rig. 62 (Puf. III app. p. 243) stimmt dagegen mit unserem Ordel überein. Ebenso Lub. Hach. III, 301 [6]).

§ 12.

Fortsetzung.

Auch das Ordel von 1270 XII, 1 weist, wie VI, 6, eine besondere Berücksichtigung der national Deutschen, ausserhalb unserer Stadt noch weit hin gültigen, nur für diese unsere Stadt schon beschränkten Rechte, hier des Fehderechts, für Gäste nach. Sie sollen wegen eines in Folge dieses Fehderechts ausserhalb unseres Weichbildes verübten Todtschlags innerhalb desselben nene nod vmme lyden. Das merkwürdige alte Ordel, das noch 1276 in dem Statut von diesem Jahre wiederholt, aber bereits 1292 aus unseren Statuten verschwunden ist, hat uns wegen seiner Eigenthümlichkeit schon oft beschäftigt, vgl. Vortr. 1, 226. 2, 39. 76. Zu den dort aufgeführten Parallelstellen sind noch Brem. Stat. d. 1303 ord. 71 (p. Oelr. 106) d. 1428 4, 30 (p. Oelr. 392) nachzutragen. Man ersieht daraus, daß man auch in andern Städten, besonders in Bremen, noch im funfzehnten Jahrhundert, also später als wahrscheinlich bei uns,

---

6) Es läßt sich bei dieser Gelegenheit der Ursprung des Gebrauches, der noch zur Stunde bei uns gilt, nachweisen, wonach nämlich statt eines Notars zwei Zeugen zugezogen werden können. Am Schlusse des Ordels heißt es, wenn der Gast nicht den Richter stellen könne, so solle er mit zwei hierselbst angesessenen guten Männern zugelassen werden. Dazu bemerkt die Glosse 1497 E, 25, es sei deshalb bei uns eine Rechtsgewohnheit, daß wenn man keines apenbaren scryuer oder Notars bei einer Verhandlung oder Sache habhaft werden könne, man an seiner Stelle zwei vollgültige Zeugen nehme, so daß dann also Zwei für Einen zeugten, was denn auch die Meinung des alten Ordels sei.

Digitized by Google

das uns längst fremd gewordene Nationalrecht mit einer auffallenden Aengstlichkeit oder Gewissenhaftigkeit anerkannt hat, wobei sich nicht eine besondere Bevorzugung der Gäste, sondern vielmehr die Scheu vor der sonst sich geltend machenden Gewalt und Selbsthülfe als Grund des Ordels annehmen läßt. Wie man es übrigens bei uns immer mehr zu beschränken suchte, beweist die ebenfalls erst von neuerer Hand unserem Statut von 1292 N, 11 hinzugefügte, in dasjenige von 1497 O, 8 aufgenommene, vermuthlich erst im funfzehnten Jahrhundert beliebte Verfügung, zu der die Glosse nichts zu bemerken weiß, und wonach auch der Gast, wenn er wegen eines ausserhalb der Stadt an einem Gast verübten Todtschlags hier angeklagt wird, sich nicht damit helfen kann, daß er spreke he hadde synen openbaren vyant gheslaghen, sondern bessern[1]) soll nach Stadtrecht, vthghenomen heren, stede, riddere[2]) vnde knechte, openbare krich vnde orleghe.

Aber der Gast, welcher wegen Verbrechen hier angeklagt wird, muß dreimal vorgeladen werden (dingdag leggen), um verfestet werden zu können, während gegen Bürger eine einzige Vorladung zu diesem Zwecke ausreicht 1270 XII, 11[3]). Diese Rücksicht unserer Statute gegen den Gast, welche sich noch 1497 findet, und erst 1605 durch die Erfindung der Proclame IV, 19 verdrängt ist, muß uns um so bemerkenswerther erscheinen, da unser Billwärder Recht Art. 26 von solchen Unterscheidungen zwischen Gästen und Einheimischen nichts weiß. Aber es ist unrichtig, wenn Lappenberg in der Vorrede zu den R. A. S. LXIV

1) Darüber, daß dieser Ausdruck nicht für die Todesstrafe zu nehmen, sondern Geldbuße, Composition, Wehrgeld bezeichnet, habe ich mich in meinen Vorträgen über die hiesigen Strafen ausführlich ausgesprochen.

2) Auch hier, wie 1270 I, 4, bezeichnet riddere die Adelichen überhaupt, vgl. § 16.

3) Vergl. über dieses Ordel meine Vortr. I, 173 Anm. 1, 202. 399 Anm. 4, 411. S. auch Cropp Beitr. 2, 2, 389, der die Parallelstellen nachweist, zu denen Stad. XI, 10 (Puf. I app. p. 227) Rig. 154 (Puf. III app. p. 271) und Lub. Hach. III, 403 hinzuzufügen sind. Es läßt sich wohl nicht bezweifeln, daß der Vorschrift dreimaliger Vorladung bei Gästen eine Rücksicht auf das Landrecht (Sachsenſp. I, 67, 2) zum Grunde lag.

Digitized by Google

in unserem Ordel und dem Sachsenspiegel eine wörtliche Uebereinstimmung findet, und sehr bedenklich, wenn er S. LIV zwischen unserem Ordel und dem ganz singulären Soester Recht Art. 20 auch nur einen Zusammenhang nachzuweisen versucht. Es schadet der Ermittelung der Eigenthümlichkeiten unseres topischen Rechts und seiner Ursprünglichkeit nichts mehr, als Bemühungen, Parallelen herbeizuziehen, welche keineswegs buchstäblich oder wörtlich mit unseren alten Ordelen übereintreffen.

Uebrigens läßt sich zum Nachweise, wie sehr bei uns die Gäste bevorzugt waren, im Vergleich mit anderen Städten, der Hinblick auf Lub. III, 185 benutzen, eine Bestimmung, die unserem Statut fremd ist, ungeachtet die Handelsinteressen beider Städte doch wohl ziemlich die nämlichen waren. Da heißt es:

> Wen en gast kompt mit syneme gude in vnse stat, de mag syn gud verkopen. wert he ok des to rade, dat he dat gud vortan in vnser stat beweren wil, der beweringhe en schal he in der stat nicht verkopen noch voranderen, like eyn medeborghere. deyt he dat, he schal dat der stat beteren mit X marken.

§ 13.

Fortsetzung.

Zu dem Gastrecht haben wir auch das Ordel von 1270 IX, 7, 3 [1]) zu rechnen, über den Eingriff eines Gastes in das ausserhalb unseres Weichbildes belegene Gut unseres Bürgers. Es wird hier dem Bürger das Recht zugestanden, den Gast, d. h. hier wie immer, den hier sich aufhaltenden Fremden, hier zu belangen, unstreitig, um für die Geltendmachung des sonst durch die Nationalansicht gestattet gewesenen Rechts der Selbsthülfe auch dem Gaste gegenüber den Vorwand abzuschneiden. Das Ordel ist also im Interesse des Gastes zu verstehen, und weiß von der modernen Bedingung der Reciprocität bei der Beurtheilung der Rechtsverhältnisse der Ausländer noch nichts.

Ueberhaupt scheint von Alters her die Beschleunigung des Rechtsverfahrens zwischen Gästen und zwischen Bürgern und Gästen

1) Vergl. meine Vortr. 1, 216. 2, 63. 85 Anm. 2, wo auch die Parallelstellen aus unseren späteren Statuten und den verwandten Stadtrechten mitgetheilt sind.

Digitized by Google

ein wichtiger Gegenstand bei der Codification gewesen zu sein. Darauf bezieht sich auch das Ordel von 1270 IX, 14, wo die sonst nur vmme lende penninge vnde (lies ofte) bewisede penninge festgesetzte kurze Zahlungsfrist [2]) der Dachdingung über Quernacht auch für jene Ansprüche vorgeschrieben ist, während zwischen Bürgern die Frist von vierzehn Tagen gegeben ist. Lappenberg [3]) macht darauf aufmerksam, daß auch im Dortmunder Stadtrecht [4]) § 35 die Zahlungsfrist für die Schuld eines Bürgers an einen Gast abgekürzt ist, wobei jedoch zu erinnern ist, daß unser Stadtrecht das Princip auf eine ganz selbstständige, durchaus nicht aus dem Dortmunder Recht herzuleitende Weise erweitert hat, wie denn auch nach dieser Seite hin die Originalität unseres Statuts besser, wie bisher geschehen, vertreten zu werden verdient, wenn man nur nicht verschmäht, tiefer in den Geist unseres Rechts einzudringen [5]).

Auch das Ordel 1270 VII, 5 [6]) verdankt der Beschleunigung des gastrechtlichen Verfahrens sein Dasein. Es wird hier hinsichtlich der gebundenen Tage bemerkt, daß innerhalb dieser Zeit ein Bürger keinen Eid zu thun braucht, aber es wird hinzugesetzt, es solle ein Bürger einem Gaste, ein Gast einem Bürger, und ein Gast dem andern zu jeder Zeit Recht thun. Man sieht in unserem Statut nicht genau, ob der Begriff der gebundenen Zeit ebenso weit, wie im Sachsenſp. 2, 66, 2 genommen wird, und somit alle gerichtlichen Handlungen ausschließt, oder wie im Goslarschen Statut, nur auf die Zeit zu beschränken ist, wo man

---

2) Ebenso Cod. Lub. Hach. II, 75, vgl. Lappenberg Vorr. zu den R. A. I S. LVII.

3) A. a. O. S. XLVIII.

4) Vgl. in Wigand Gesch. v. Corvey Bd. I Abth. 2 S. 209 ff.

5) Ueber den sonstigen Inhalt und die Parallelstellen des Ordels IX, 14, welches Ordel merkwürdiger Weise dem Stader Statut fehlt, vgl. meine Vorträge 2, 1, 91 und 95. Zu den Parallelstellen sind noch nachzutragen Brem. 1303 ord. 93 (p. Oelr. 121) und 1428 3, 10 (p. Oelr. 370).

6) Vgl. die Parallelstellen 1292 H, 3. 1497 E, 1 (1605 weggeblieben) Stad. VII, 3 (Puf. I app. p. 209) Rig. 90 (Puf. III app. p. 251) Lub. Cod. Hach. III, 330.

Digitized by Google

wegen Schuld nicht schwören darf [7]). Lappenberg [8]) bemerkt hier, unser Statut unterscheide sich durch das (summarische?) gastrechtliche Verfahren vortheilhaft von andern, den Gästen so sehr nachtheiligen Stadtrechten. Man kann dieser Bemerkung beipflichten (vgl. § 12 a. E.), wiewohl das Verfahren an sich wohl nicht als ein summarisches gegen das ohnehin damals sehr summarische gewöhnliche bezeichnet werden darf.

Der Beweis wird dagegen rücksichtlich der Kost des Gastes dem Wirth erleichtert durch 1270 VI, 18. 1292 G, 15. 1497 L, 12: eine Bestimmung, welche, im Wesentlichen noch 1605 I, 34, 15 beibehalten, mit einer Abweichung, die ein Schreibfehler zu sein scheint, auch Stad. V, 17 (Puf. I app. p. 195) Rig. 75 (Puf. III app. p. 247) Verd. 66 (Puf. I app. p. 100) Brem. Stat. d. 1303 ord. 106 (p. Oelr. 129) d. 1428 3, 2 (p. Oelr. 367) d. 1433 ord. 26 (p. Oelr. 513) Lub. Cod. Hach. III, 313 vorkommt, also keineswegs bei uns singulär, wiewohl als für die städtischen Verhältnisse damals sehr wichtig anzusehen ist, weil sich

7) Göschen zum Gosl. Statut S. 439 und 451. Dieses in mehreren städtischen Rechten sich findende besondere Verbot, in der gebundenen Zeit zu schwören, ist allerdings sehr auffallend, wenn man erwägt, daß hier von christlichen Festzeiten die Rede ist, worauf sich der alte heidnische Dingfrieden beschränkt hatte, und daß man solche Zeiten eben für eine religiöse Handlung, wie der Eid doch billig dafür angesehen werden sollte, müßte am geeignetsten gehalten haben. Es läßt sich annehmen, entweder daß der Volksglaube hier noch immer die gebundene Zeit auf den alten Marktfrieden zurückführte, oder daß man bei dem Eide die religiöse Beziehung aus der Acht ließ, und ihn mehr als eine Geschäftshandlung betrachtete. Doch auch dies bleibt befremdlich, da man viel eher hätte vermuthen sollen, daß der Eid als an die Stelle des Zweikampfs und der übrigen Gottesurtheile tretend, für keineswegs mit dem Dingfrieden, dem Frieden der großen Volksversammlungen, wo grade solche Streitigkeiten auch geschlichtet wurden, unverträglich wäre angesehen worden. Jedenfalls bleibt hier der pragmatische Zusammenhang noch aufzuklären. Ueber den Allmanns- und den Dingfrieden vgl. Wilda Strafr. d. Germ. S. 233 ff. Mit den hier gemeinten gebundenen Zeiten sind aber die geschlossenen nicht zu verwechseln, in denen früher, wie anderswo, vgl. Richter Kirchenrecht 2, 520, auch bei uns die kirchliche Einsegnung der Ehe nicht Statt finden durfte, und die es nach der Verordnung vom 30. Nov. 1815 Art. 5 bei uns jetzt nicht mehr giebt.

8) Vorr. S. LXXI.

Digitized by Google

auf andere Weise ihre ängstliche Einschärfung bei den sonst so sparsamen Rechtsvorschriften nicht wohl erklären ließe.

Noch mehr steht gegen die sonstige den Gästen gewidmete Liberalität die Bestimmung im Gegensatz, daß von dem den Gästen Geraubten und Gestohlenen das Gericht den dritten Theil haben soll, falls dies es ihnen hier wieder verschafft [9]).

Schließlich sind hier nur in der Kürze die Vorschriften zusammen zu stellen, welche zuerst das Statut von 1292 über Fremden- und Gastrecht enthält, und von denen meist schon sonst von mir ausführlicher gesprochen ist. So soll selbst der Gast wegen Tödtung eines unserer Bürger oder deren Diener ausserhalb der Stadt hier gerichtet werden N, 10 vgl. meine Vorträge 1, 216. 2, 63. Wer nicht Bürger und nicht in dieser Stadt besessen ist, soll Bürgen stellen, wenn er hier Recht sucht, daß er sich an der Findung will genügen lassen A, 11 vergl. meine Vorträge 1, 177 Anm. 1. Eine Vorschrift, an der man sieht, wie sehr man es nothwendig erachtete, dem Recht der Selbsthülfe zuvorzukommen. Die ferneren Artikel C, 31. E, 19, 21, 23 enthalten Bestimmungen, wenn Gut in dieser Stadt auf Leute verstirbt, die hier nicht Bürger sind. Es ist von mir in einem Vortrage über erbloses Erbgut davon gehandelt. Für die ehelichen Kinder, welche schon vorhanden sind, wenn der Vater Bürger hierselbst wird, enthält C, 36 endlich das nähere bürgerrechtliche Regulativ, das im Verlauf der Zeit bis auf die gegenwärtige vielfachen legislativen Veränderungen unterzogen worden ist.

Beiläufig mag erwähnt werden, daß zwar unsere alten Stadtrechte nicht wie Lub. Cod. Hach. III, 136 vgl. I, 24 und II, 98 ausdrücklich einschärfen, es solle kein Gast oder Fremder Vormund für Kinder eines Bürgers sein; allein vermuthlich werden sie denselben Grundsatz schon damals beobachtet haben, und sprechen ihn nur nicht aus, wie denn wir uns eben darin auszeichnen, daß wir weit weniger Beschränkungen der Fremden und Gäste in unseren alten Rechten finden, wie namentlich

9) 1270 XII, 6 a. E. Ueber den sonstigen Inhalt dieses alten merkwürdigen Ordels und dessen Parallelstellen s. meine Vorträge 1, 177. 187. 409. 2, 79. Bemerkenswerth sind die abweichenden Bestimmungen im Sachsensp. 2, 37.

Digitized by Google

es in Lübeck der Fall ist. Man könnte daran Spuren des Rechts der Gewalt entdecken, wenn die meisten Bestimmungen über Gäste in unseren alten Statuten den Gästen Rechte geben, Rechte derselben anerkennen, um der gegen sie herrschenden Willkühr Schranken zu setzen, aber von ihren Pflichten meist schweigen. Doch davon, Rechtshändel der Fremden nach deren Localrecht zu schlichten, läßt sich nicht eine Andeutung in unseren Statuten nachweisen (vgl. oben § 3. 4), die vielmehr bestimmt angeben, wenn sie hin und wieder Rücksichten auf Nationalansichten nehmen, die man sonst hier bereits aufgegeben hatte.

Wenn Grimm (R. A. S. 396) und Eichhorn (St. und R. Gesch. I, 289) übrigens die Longobardischen Wargangen und die Ripuarischen advenae für gleichbedeutend mit Gästen halten, so ist dies bei uns anders gewesen. Wer sich als Fremdling hier niederließ, hörte auf Gast zu sein; nur wer sich bei uns vorübergehend als Fremdling aufhielt, konnte auf Gastrecht Anspruch machen. Die uralte Germanische Gastfreundschaft und das gegen Gäste geübte Gastrecht (vgl. Grimm S. 399. 402) ward in unserer alten Handels- und Schiffahrtsstadt in einem besonderen Grade gepflegt, auch weil dies die Beförderung des Verkehrs erheischte. Es läßt sich also bei uns die Lage der Gäste keineswegs als ungünstig bezeichnen, wie man es andern Deutschen Stämmen nachsagte (Grimm S. 397), und es ist nicht eine Ahndung davon bei uns, daß nicht die Ermordung eines Fremden ebenso streng gestraft wäre, wie die eines Einheimischen. Man kann überhaupt auch für die Folgezeit die Begünstigung der Fremden als eine Eigenthümlichkeit unserer Stadt betrachten, so daß selbst im sechzehnten Jahrhundert Hamburg keinen Anstand nahm, das alte Verbot der Hanse, einem Fremden länger als drei Monate in der Stadt Handelsgeschäfte zu gestatten (§ 16), zu übertreten [10]).

§ 14.

Vermögensverhältnisse.

In Ansehung der Rechtspflege kannte unser altes Recht nur für Zeugen einen Unterschied, der noch weiterhin besonders betrachtet werden muß. Sonst ist es merkwürdig, daß ein be-

10) Vgl. das Weitere in Westphalen's Verf. u. Verwalt. I, 337 ff.

Digitized by Google

ſonderes Ordel von 1270, IX, 30 den Rathmännern, de vor richte ſitet, ganz beſonders einſchärfen, darauf zu achten, daß einem Jeden Recht geſchehe, namentlich armen edder ryken ohne Unterſchied, und daß dieſer Umſtand in allen Parallelſtellen 1292 M, 22. 1497 B, 7. 1605 I, 3, 2. Stad. VI, 26 im A. (Puf. I app. p. 207) Rig. 132 (Puf. III app. p. 265) Lub. III, 381 vgl. I, 90 wiederholt wird [1]). Endlich verdient es hier erinnert zu werden, daß die Vormundſchaft dem nächſten Verwandten ohne alle Rückſicht auf ſeine Vermögensumſtände zufiel, was das Stader Statut ſogar ausdrücklich hervorhebt (vgl. unten § 100).

§ 15.

Das Perſonenrecht in religiöſer Beziehung.

Ebenſo kurz läßt ſich hier über die Eigenthümlichkeiten unſeres Statuts hinſichtlich der religiöſen Verhältniſſe der Perſonen hinwegkommen. Von einer Duldung, welche in unſeren Tagen ganz beſonders Diejenigen in Anſpruch nehmen zu können glauben, die von der herrſchenden Kirche offenbar abgefallen ſind, oder ihr ſelbſt feindſelig entgegentreten, hatten unſere Vorfahren keine Ahndung. Unſere alten Statute haben freilich keine Spur von einer beſonderen Intoleranz, wenn nicht die moderne Aufklärungsſucht dahin rechnen will, daß man den ungläubigen Chriſten, das heißt für die Zeit unſerer alten Statute denjenigen Chriſten, welcher nicht an die von der damals herrſchenden Römiſch-katholiſchen Kirche feſtgeſetzten Dogmen glaubte [1]), als einen Ketzer betrachtete, ihn, falls er mit der friſchen That begriffen ward, falls alſo beſtimmte äuſſere Erkennungszeichen ſeines Abfalls hervortraten, in deren Manifeſtation man ihn betraf [2]), mit dem Zauberer, Giftmiſcher und Hochverräther hinſichtlich der Strafbarkeit in eine Linie ſtellte, und mit dem Feuertode bedrohete. Es iſt dabei zu bemerken, daß unſer Statut von 1270 XII, 8 ſich dadurch mit allen ſeinen

---

1) Vgl. andere Parallelſtellen bei Lappenberg a. a. O. S. XLVIII.

1) Vgl. Eichhorn D. St. u. R. G. 2, 508 ff.

2) Vgl. meine Vorträge I, 419 ff. mit S. 102, 108 und 405. Zu den S. 419 allegirten Parallelſtellen von 1270 XII, 8 iſt noch Stat. Brem. d. 1303 ord. 77 (p. Oelr. M.) und d. 1428 4, 41 (p. Oelr. 397) nachzutragen.

Digitized by Google

Parallelstellen vom Landrecht [3]) unterscheidet, indem es nicht die innere Gesinnung an sich richtet, wie das Landrecht, sondern nur die strafbaren Ausbrüche derselben auf frischer That. Wenn übrigens alle Statute hier darin übereintreffen, daß sie den Zusatz, welcher sich nur in einer, und zwar in der nicht mit Recht so sehr gepriesenen Bremer-Reinstorpischen Handschrift unseres Statuts von 1270 findet, und der Ketzer ausdrücklich gedenkt, nicht haben: so ist dies nicht eine wesentliche Variante, da bereits im Anfange des Ordels der ungläubige Christ erwähnt wird, welcher Ausdruck damals offenbar mit Ketzer zusammenfiel.

Dagegen ist es von mir schon öfter als eine Eigenthümlichkeit unserer Statute hervorgehoben worden, daß sie sich gegen die um sich greifende Gewalt der Geistlichkeit und des Sendgerichts zu verwahren suchen [4]). Freilich wird zweimal, nämlich 1270 III, 13 und X, 6 die Jurisdiction dieser Behörde sogar ausdrücklich anerkannt, aber dagegen in einem besonderen Ordel IX, 15 eingeschärft, daß ein Bürger den andern in weltlichen Angelegenheiten nicht dahin evociren darf [5]).

---

3) Mit Unrecht findet Lappenberg Vorr. S. LXIV zwischen unserem Statut und dem Sachsenspiegel 2, 13, 7 eine wörtliche Uebereinstimmung. Vor dieser Ansicht hätten die umständlichen Erörterungen in meinen Vorträgen billig schon bewahren müssen. Es ist überhaupt zu beklagen, wie wenig bisher unsere innere Rechtsgeschichte gepflegt und beachtet worden ist.

4) In meinen Vorträgen über Strafen habe ich das umständlicher erörtert.

5) Das Ordel findet sich buchstäblich so und in derselben Reihenfolge 1276 IX, 16. vgl. 1292 M, 12. 1497 B, 16. Stad. VI, 13 (Puf. I app. p. 204) Rig. 117 (Puf. III app. p. 261) Lub. Cod. Hach. III, 366. In der Bremer-Reinstorpischen Handschrift, welcher Lappenberg einen viel zu hohen Werth beilegt, findet sich die Vorschrift zwar an derselben Stelle, auch dem Princip nach völlig übereintreffend, aber in der Fassung unerheblich abweichend, wogegen sie in der Form, wie sie sonst in allen andern Handschriften und Parallelstellen sich findet, und einigen neueren Handschriften unseres Statuts von 1270 an eine andere Stelle versetzt ist. Da sie aber in der allgemeinen Form mit dem Sachsenspiegel 3, 87, 1 fast buchstäblich übereinstimmt, beide Formen übrigens ebenso wenig als eine dritte in zwei Lübischen Handschriften (vgl. Hach S. 525) in der Sache selbst irgend eine Abweichung enthalten, so möchte dieser Umstand

Digitized by Google

Hier verdient noch Erwähnung, daß unser Ordel von 1270 IV, 1 ausdrücklich die Befugniß anerkennt, das Kloster, in welches die Eltern nach X, 8 ihre Kinder das Recht hatten zu stecken, wieder zu verlassen, ehe man zu seinen Jahren gekommen war (vgl. X, 8), und der Geistliche (pape) in Ansehung gerichtlicher Handlungen selbst da eines Vormundes bedurften, wo er selbst für Kinder nicht durchweg erforderlich gewesen zu sein scheint (§ 101).

Ebenfalls muß es hier hervorgehoben werden, welche noch viel größere Bedeutung dem Eide bei uns in den gerichtlichen Verhandlungen, nachdem der Zweikampf und die sonstigen Ordalien daraus verbannt worden waren, beigelegt wurde [6]), wiewohl grade in dieser Beziehung bereits § 13 Anm. 7 eine merkwürdige Verkennung der religiösen Bedeutung des Eides vorgekommen ist. Für die modernen religiösen Ansichten ist es ferner bemerkenswerth, daß man in den sämmtlichen hiesigen Codificationen es als eine stillschweigende Pflicht anerkannte, ein so wichtiges Werk nicht anders, als im Namen des Vaters, des Sohnes und des heiligen Geistes zu beginnen, wie der Anfang der Statute von 1270, 1276, 1292 und 1497 einstimmig lautet, oder, wie das Statut von 1605 anhebt, im Namen der heiligen Dreifaltigkeit. Man hat nicht nöthig, diesen alten frommen Gebrauch aus dem Römischen Recht herzuleiten, wiewohl freilich auch Justinian l. 2 C. de officio P. P. Africae (I, 27) sagt: In nomine Domini nostri Jesu Christi ad omnia consilia omnesque actus semper progredimur, und damit auch namentlich l. 1 C. eod. und Nov. 85 eröffnet. Es stützt sich bekanntlich diese Stelle unmittelbar auf die h. Schrift selbst (Col. 3, 17). Später ist sie abgekommen und selbst die Urkunden unserer neuen Stadtverfassung aus dem Anfange des siebzehnten Jahrhunderts, wo der Einfluß von Encyclopädisten und Revolutionärs noch nicht eingetreten

---

nicht den kritischen Werth verdienen, den ihn Lappenberg Vorr. S. LXIV beimißt. Viele von den Zusätzen, die, wie dieser, nicht in der ursprünglichen Reykowischen Arbeit standen, haben unverkennbar ein ebenso hohes Alter, als der Text selbst, und beweisen nur die Nachlässigkeit, mit der hin und wieder der Anhaltische Ritter verfahren ist.

6) Das Weitere ist in meinen Vorträgen über den Eid vorgekommen.

Digitized by Google

war, kennen den religiösen Anfang nicht mehr, der mir nur noch ein einziges Mal, nämlich in dem Handels- und Schiffahrtsvertrag mit Brasilien vom 18. März 1828 (Anderson's neue Samml. 10, 70 ff.) vorgekommen ist, wo es im Anfang heißt: Im Namen der heiligen und untheilbaren Dreieinigkeit. So finden sich auch die meisten älteren uns bekannten Testamente ursprünglich eben so wie unsere Statute eingeleitet, während man jetzt sich mit einem: Im Namen Gottes! zu begnügen pflegt.

Endlich ist hier noch der Juden zu gedenken [7]). Zur Zeit unserer ältesten Statute war die Ansicht aufgekommen, sie als kaiserliche Kammerknechte zu betrachten, und der Judenschutz war ein kaiserliches Regal. Es war also um so angemessener, diese Verhältnisse in unseren Statuten ganz unberührt zu lassen, statt, wie in denen anderer Städte, Bestimmungen zu treffen, welche einer Nation, die gewiß schon in diesen Zeiten für Handel und Verkehr nützlich war, nur verletzlich sein konnten. Daher mag es sich auch erklären, daß von Juden in Hamburg nur eine sehr schwache Spur im Anfange des vierzehnten Jahrhunderts vorkommt, und ihre Existenz bei uns erst im Anfange des siebzehnten sich officiell documentiren läßt [8]).

§ 16.

Die bürgerlichen Beziehungen in Hinsicht auf Stand und Freiheit.

Es ist hier nicht die Absicht, das Hamburgische Staatsrecht in den Verhältnissen, welche man als die politischen oder bürgerlichen Unterschiede der Personen zu bezeichnen pflegt, zu erörtern. Einer anderen Section unseres Vereins kommt es zu, und ist das erforderliche Rüstzeug verliehen, geschichtlich die Entstehung des Patriciats, oder was dem gleich kommt, die Ausbildung der Wittigsten, und was sonst zu einer besonderen Betrachtung sich hier eignet, nachzuweisen. Wir dürfen uns hier nur mit der Geschichte des Privatrechts oder was da nahe hinanstreift, beschäftigen.

---

7) Vergl. das Allgemeine davon bei Eichhorn Rechtsgesch. 2, 421 ff. 638 ff. Mittermaier Deutsch. Privatr. § 106 ff. Maurenbrecher S. 336 ff.

8) Vergl. die Zeitschr. unseres Vereins 1, 2, 281 ff. 2, 1, 157 ff. 2, 3, 357 ff.

Digitized by Google

Hier haben wir es zunächst hervorzuheben, was unsere Vorfahren unter der Freiheit verstanden haben können, die sich in ihren republikanischen Verhältnissen natürlich zwar selbstständiger, wie anderswo, aber gewiß aus nationellen Ansichten entwickelte. Bekanntlich muß der Unterschied zwischen Römischer und Germanischer Freiheit darin gesucht werden, daß jene die Unabhängigkeit nur im Gegensatz der Sklaverei begriff, also von negativer Natur war, während die Germanische einen positiven Charakter hatte, und die vollständigste Rechtsfähigkeit, die Rechtsgenossenschaft, dasjenige, was Möser unter dem Ausdruck Ehre begreift, umfaßte[1]). Man kannte somit bei uns unter den Rechtsfähigen nicht den Unterschied des Sachsenspiegels; ein jeder Bürger war als solcher frei und schöffenbar. Die den Sachsen schon vom neunten Jahrhundert her nachgewiesenen Standesunterschiede zwischen Adlichen (Edhelingen), Frilingen und Lazzen existirten in unserer Stadt im dreizehnten Jahrhundert, da wir schriftliche Rechtssammlungen aufweisen können, nicht mehr. Vielmehr schloß eine der wenigen Willkühren der Wittigsten, die aus dieser Zeit zu uns herübergekommen ist, ausdrücklich alle Adlichen[2]) von dem städtischen Weichbilde dermaaßen aus, daß ihnen selbst

1) Vergl. Savigny's Gesch. des R. R. im M. A. 1, 160 ff. Ausg. 1. 1, 191 ff. Ausg. 2.

2) Daß ridder sich auf diese erstreckt, und die Willkühr nicht etwa nur die adlichen Dienstmannen der gräflichen Burg betraf, nehme ich insbesondre unter Bezugnahme auf Falck's Belehrung in dessen Schlesw. Holst. Privatr. 4, 189 mit Harder Recht der Frauen S. 5 Anm. gegen Westphalen Verf. u. Verw. 1, 336 an. Es wäre offenbar auch die Willkühr eine Feindseligkeit gegen die Bewohner der Burg und somit gegen den Grafen selbst, den Herrn, wie ihn das Ordel von 1270 1, 5 nennt, gewesen, wenn sie nur speciell die Ministerialen der Burg genannt hätte. Uebrigens kommt der Ausdruck riddere auch 1292 N, 11 und 1497 O, 8, und zwar in Beziehung auf das ihnen gestattete Fehderecht unstreitig in der allgemeinsten Bedeutung von Adlichen vor. Auch die von Anderson Hamb. Privatr. 2, 413 angegebenen, unter Bezugnahme auf Falck's Ausführung a. a. O. zu erweiternden Gründe des Widerwillens unserer Vorfahren gegen den Adel überhaupt sprechen der Beschränkung der alten Willkühr von 1270 das Wort nicht. Vergl. noch die Recesse von 1658 Art. 6. 1674 Art. 68. 1682.

Digitized by Google

das Wohnen hier verboten war, wenn sie nicht ihren Standesvorrechten entsagten. Es ist diese Willkühr 1270 I, 4. 1292 A, 8. 1497 A, 11. 1605 I, 2, 1 vgl. Lub. Hach. III, 245 wiederholt, aber in den übrigen verwandten Stadtrechten fehlt eine derartige Bestimmung[3]). Ueberhaupt läßt es sich annehmen, daß wohl Niemand derzeit unter uns hat wohnen dürfen, dem es nicht möglich war, oder gestattet werden konnte, Bürger zu werden. Daher gab es bei uns auch weder Leibeigene noch Hörige (Liten, Ministerialen)[4]). Es ist zu vermuthen, daß man auch bei uns das Princip praktisch befolgte, welches das Lübische Recht (II, 180. III, 233) gesetzlich in Uebereinstimmung mit einer alten Beliebung der Hansa (§ 13 a. E.) ausspricht, und wonach man bei einem längeren Aufenthalt als etwa drei Monate den Gast zwang, das Bürgerrecht zu gewinnen. Aber bestimmt ausgesprochen ist nur die völlige Unverträglichkeit der Leibeigenschaft mit dem Bürgerrecht, und der Leibeigene, welcher hier Bürger ward und Jahr und Tag hier wohnte, hörte von selbst auf Leibeigener zu sein. Es ist sehr die Frage, ob wer hier einmal Bürger geworden war, überall hat wieder als Leibeigen reclamirt werden können, und ob er nicht blos schadenspflichtig erachtet worden ist. Das Ordel von 1270 VII, 17[5]) läßt sich darüber nicht aus, wenn freilich das Wort ansprake[6]), so wie die Schwierigkeit, die Größe des Schadens zu ermitteln, vielleicht auch das Recht der Selbsthülfe für die erstere Annahme reden.

---

3) Es läßt sich nach dieser Willkühr nicht annehmen, daß Grundstücke Rittern zugeschrieben wären, und so muß im ältesten lib. resign. p. 100, 5 der Fall entweder von dem Erbe der Frau des Georgius Miles verstanden werden, oder es erklärt sich daraus, daß dieser gräflicher Vogt war, vgl. p. 167, 7, für ihn eine Ausnahme. Ebenso läßt sich eine Ausnahme für den Grafen Gerhard p. 94, 9 annehmen.

4) Eichhorn Rechtsgesch. I, 318 ff.

5) Ueber dasselbe vgl. meine Vorträge 2, 2, 181 Anm. 2. Die Parallelstellen dazu sind 1292 H, 15. 1497 A, 12. 1605 I, 2, 2. Stad. VII, 14 (Puf. I app. p. 213) Rlg. 100 (Puf. III app. p. 255) Lub. Hach. III, 342.

6) Vgl. über dasselbe meine Vorträge 2, 2, 181. Jedenfalls läßt sich annehmen, daß unser Ordel den Leibeigenen gegen die Umstände schützen sollte, die ihm die Ansprache nach dem Landrecht bereiten konnte. Vgl. darüber Budde Rechtlosigkeit S. 82.

Digitized by Google

Jedenfalls war der Bürger nach Jahr und Tag frei, und wohl wegen dieses großen Vorrechts ward 1497 A, 12 grade in dieser Hinsicht dem Rath besondere Vorsicht bei der Bürgerannahme empfohlen[7]). Aber es scheint die Praxis noch weiter gegangen zu sein, als das alte Ordel, welches die Freiheit an das Bürgerrecht knüpfte. Schon die Glosse zu 1497 A, 12 scheint selbst nicht einmal auf die Wohnung einen besondern Werth zu legen, sondern spricht nur von gesessen, und scheint damit das hanteren, oder, wie es 1497 A, 12 heißt, vorkeren für synonym anzusehen. Es muß hiernach angenommen werden, daß im Verlauf der Zeit schon der bloße Verkehr und Aufenthalt ohne Bürgerrecht und Wohnung die Freiheit verlieh, womit man denn freilich, wie die Glosse sagt, nicht bestehen konnte, und deshalb wurde 1497 ein mehr wie zehnjähriger Verkehr und rowelike besittinge erfordert, was in der Glosse A aus dem gemeinen Recht, in der Glosse B nicht daraus, sondern aus besonderen Gnaden und Privilegien gerechtfertigt wird.

Wie weit oder eng man aber auch die Gränzen dieser Ansicht ziehen will, so war es hier offenbar das Princip des alten Salischen Gesetzes aus dem sechsten oder siebenten Jahrhundert, welches dem fremden Ansiedler oder Einwanderer im Gegensatz gegen die sonstige Deutsche Unsitte, die den eingewanderten Fremdling in Unfreiheit gerathen ließ, und dem Wildfangrecht unterwarf, die Freiheit verlieh[8]), und auch in dem hiesigen liberalen Gastrecht (§ 11 ff.), so wie in dem späteren Schutze selbst der unvermögenden fremden Arbeiter (vgl. Westphalen Verf. u. Verw. 1, 338) wieder zu erkennen ist.

---

7) Sowohl diese Vorschrift, welche sich erst 1497 findet, und die Voraussetzung zuläßt, daß man bisher in der Aufnahme von Leibeigenen liberal verfahren war, und vielleicht dadurch mancherlei Streitigkeiten herbeigeführt hatte, denen vorzubeugen war, als auch überhaupt die bei uns uralte Liberalität gegen Gäste rechtfertigen für unsere Stadt nicht die etwas zu generelle Behauptung in Budde's Rechtlosigkeit S. 103, daß die städtischen Gemeinen im Mittelalter bei der Bürgeraufnahme äusserst streng verfahren wären.

8) Vgl. Grimm R. A. S. 399. Eichhorn Gesch. 2, 218. Meine Vorträge 2, 2, 181 Anm. 2.

§ 17.

Fortsetzung.

Bei einem solchen Begriff von der Wirkung des Bürgerrechts oder des Verkehrs in der Stadt auf die Freiheit können mehrere andere Bestimmungen nicht auffallend erscheinen, welche beweisen, was für ein hoher Werth auf diesen Schatz gelegt wurde. Unsere Statute geben nicht genauer die Noth an, welche selbst zur Veräusserung von Erbgut befugen soll 1270 I, 8. Aber das Lübische Recht II, 11. III, 153 hebt namentlich die Fälle hervor (vgl. unten § 27), wenn der Ehemann zum Leibeigenen oder zum Kriegsgefangenen gemacht wird, und man kann die Bestimmung II, 211. III, 235 nur als ganz absonderlich nehmen, wonach, wenn ein Bürger buten orloge gefangen wird, er nicht weder sich selbst auslösen noch ausgelöst werden darf, sondern es in des Raths Willen gelegt ist, wann dies geschehen soll, und zwar wente syn lyff vnde syn gud licht in der stades hant (s. auch unten § 56 Anm. 1).

Wenn Jemand nun freilich um Schuld willen seine Freiheit einbüßen, und seinem Gläubiger zur Haft übergeben werden konnte, so war dies Recht des Gläubigers doch selbst einem Manne gegenüber 1270 IX, 8 u. 13 sehr vielen Beschränkungen unterworfen, wobei Erwähnung verdient, daß Lub. II, 209. III, 191 ausdrücklich bevorwortet, er solle darum nicht Leibeigner werden. Wir haben schon (§ 6) gesehen, daß gegen das weibliche Geschlecht eine solche Behandlung unstatthaft war, und werden noch weiterhin (§ 44) daraus eben Veranlassung hernehmen, das Recht des Ehemannes, seine Frau in eine Kammer einzuschließen 1270 III, 8, sehr eingeschränkt aufzufassen.

Es ist anderswo auszuführen, daß die eigentliche Freiheitstrafe unseren Vorfahren völlig unbekannt gewesen ist. Es würde ihnen gar zu unnatürlich und widersinnig vorgekommen sein, die Freiheit, vollends auf eine so lange Zeit und unter den sonderbaren Umständen, der Gerechtigkeitspflege zum Opfer zu bringen, welche diese Strafart seit ihrem Aufkommen im siebzehnten Jahrhundert weiter bestimmt, und in neuester Zeit auf den Irrthum geführt haben, mit dieser Strafe das Zusammenleben mit Verbrechern, mithin die zufällige Folge lokaler Beschränktheit,

Digitized by Google

als unzertrennlich verbunden zu betrachten, und hauptſächlich deshalb die Einzelhaft als einen Barbarismus zu verſchreien, was ſie keineswegs bei vorurtheilsfreier Prüfung und bei verſtändiger Anwendung iſt.

Vielleicht findet aus dem hohen Werth, der von unſeren Vorfahren auf die Freiheit gelegt ward, das Princip Erklärung, im Ordel von 1270 V, 4, welches ſelbſt das freiwillig eingegangene Dienſtverhältniß zwiſchen Herrſchaft und Geſinde nicht blos bei einer Ehe des Letztern VIII, 3, ſondern auch dann aufzulöſen geſtattet, wenn auf den Dienſtboten ein Verhältniß vererbt, welches mit dem Dienſtverhältniß, wie wenig dieſes auch dem Begriffe der vollkommenſten Freiheit entgegentrat, nichtsdeſtoweniger für unverträglich angeſehen wurde, nämlich die Vormundſchaft (§ 101).

Es kann hier nicht der Ort ſein, das Geſinderecht des dreizehnten Jahrhunderts, dem nicht blos ein beſonderes Stück (Stück 8), ſondern noch mehrere Ordele 1270 gewidmet ſind, ausführlich abzuhandeln; aber es darf erinnert werden, daß daſſelbe mit Hinſicht auf Freiheit und Gleichheit vor dem Geſetze ſchon in der älteſten Zeit unſeres Stadtlebens aufzufaſſen iſt. Das Recht der Herrſchaft wird ſchon 1270 ſehr beſtimmt bezeichnet. Sie darf VIII, 6 den Dienſtboten, de ſine ſchottelen waſchet, mit Schlägen und mit Worten züchtigen. So heißt es 1270, 1292 K, 6, 1497 F, 8 Stad. VIII, 6 (Puf. I app. p. 218) Lub. Hach. III, 351. Vgl. Klefeker 3, 455. 5, 100. Vielleicht läßt es ſich als abſichtlich anſehen, daß das Recht nicht dem Hausvater ausſchließlich eingeräumt wird. Allein es iſt in dieſem Ordel, das ſonderbarer Weiſe im Rigiſchen Statut fehlt, beſtimmt ausgeſprochen, daß man den Dienſtboten weder mit Eggewappen züchtigen noch todtſchlagen darf, oder es ſonſt mit ſynem lyffe, oder, wie es im Lüb. Codex noch allgemeiner heißt, es beſſern ſoll, als recht is, welcher Ausdruck, wie ich das in meinen Vorträgen über Strafen nachgewieſen habe, wohl allemal die Pflicht zur Compoſition bezeichnet. Selbſt noch unſer Stadtrecht von 1605 IV, 48 geſtattet der Herrſchaft eine mäßige Züchtigung „dem Hauswirth und der Hausmutter über Knechte und Geſinde,“ giebt aber dem Recht ſchon eine andere Stellung, indem es daſſelbe mit dem gleichen Rechte des Ehemannes über

Digitized by Google

seine Hausfrau, der Eltern über ihre Kinder, der Präceptoren über ihre Discipuln zusammenwirft, und was Klefeker in seiner Zeit als Ansicht aussprach, ist jetzt Realität geworden, die Züchtigung des Gesindes mit Schlägen ist der Herrschaft gar nicht mehr gestattet, wiewohl eine Züchtigung mit Worten unverwehrt geblieben ist, und ein im Eifer ausgestoßenes Wort nicht alsbald für eine wirkliche Injurie gilt noch zum Verlassen des Dienstes berechtigt, sondern hier von den Behörden nach einer billigen Berücksichtigung der Umstände entschieden wird. Daß hier von jeher nicht die Legislation, sondern die Sitte einwirkte, ist unverkennbar, und man würde das alte Ordel von 1270 schon misverstehen, wenn man es so auffassen wollte, als ob damals die Züchtigung so derbe hätte ausfallen können, daß nur nicht der Tod hätte erfolgen dürfen[1]). Eben aber weil die Sitte hier sich geltend macht, so ist es bemerkenswerth, daß noch jetzt dem Werkmeister über die Burschen (vergl. das neuste Aemter-Reglement § 53) eine mäßige Züchtigung zusteht, so wie man ein gleiches Recht dem Schiffer über das Schiffsvolk 1497 P. 20, 3. 1605 2, 14, 17 noch jetzt nicht bestreitet.

Das große Recht der Herrschaft im dreizehnten Jahrhundert erklärt sich aus der Rohheit der Zeit, die sogar schon 1292 M. 24. 1497 F. 9 es nothwendig machte, den Fall, daß umgekehrt das Gesinde sich an seiner Herrschaft vergreift, besonders gesetzlich zu berücksichtigen, und mit Strafen zu bedrohen. —

Bei aller Gleichheit auf der Grundlage bürgerlicher Freiheit, welche sogar dem Gesinde der Bürger manche bürgerliche Vorrechte gewährte[2]), fanden gleichwohl schon frühzeitig unter den Bürgern Unterschiede dahin Statt, daß namentlich theils die

1) Vergl. die lehrreichen Fälle bei Klefeker 5, 479 ff. von dem Waisenknaben, der durch seinen Schulmeister, und von dem Fabrikjungen, der durch einen Fabrikaufseher bei einer Züchtigung getödtet worden ist. Wie in den neusten Zeiten die Fälle von Tödtungen durch Ueberschreitung des Züchtigungsrechts beurtheilt werden, darüber sind u. A. Heuser's bemerkenswerthe Entsch. des Criminal-Senats des O. A. G. zu Cassel 3, 1, 311 ff. und die dort citirten rechtlichen Bedenken von Struben und Lepser's Meditationen nachzusehen.

2) Vgl. die Ordele von 1270 VIII, 4. XI, 3.

Digitized by Google

Wittigsten [3]), theils die Erbgesessenen besonderer Vorrechte genossen, und namentlich nur die Letzten für zeugnißfähig erachtet worden sind, welche letztere Bestimmung erst 1815 gesetzlich abrogirt ward [4]).

§ 18.

Das Siegelrecht.

Es muß hier als bekannt vorausgesetzt werden, daß die Siegelmäßigkeit, das Recht, sich eines Siegels für seine Privaturkunden ausschließlich zu bedienen, wahrscheinlich auch bei unseren bürgerlichen Vorfahren von der ältesten Zeit her unbestritten, wenigstens aber gewiß seit dem vierzehnten Jahrhundert aufgehört hat, das besondere Vorrecht irgend eines bevorzugten Standes

---

3) Die Geschichte der Wittigsten liegt noch bei uns ziemlich unaufgeklärt. Schätzbare Notizen dazu finden sich in Lappenberg Jubiläums-Programm und Westphalen Verf. u. Verw. Man scheint hier in zweierlei Richtung zu weit zu gehen, wenn man auf der einen Seite darunter alle Bürger der städtischen Gemeinheit, andrerseits die Aelterleute der Gewerke darunter begreifen will, oder, wie Westphalen anzunehmen scheint, wenn man auch nur meint, sie wären von Alters her dazu gerechnet. Die große Zahl von Varianten grade im Anfang und im ersten Artikel unseres ältesten Statuts da, wo von den Wittigsten die Rede ist, deutet darauf hin, daß man schon ursprünglich sich über den Unterschied zwischen den Rathmännern und diesen Wittigsten, zu denen die gewesenen Rathmänner (vgl. 1270 X, 7) gewiß gehört haben, ebenso wenig als über den zwischen dem Rath und dem gemeinen Rath (vgl. 1270 I, 11. 14. VI, 11) nicht klar gewesen ist. So viel ist aber wohl nicht zu bezweifeln, daß damals wie immer die Intelligenz auch im öffentlichen Leben sich geltend gemacht haben wird, was um so bedeutender zu einer Zeit ist, in der die Erbgesessenheit bereits so großer Privilegien im Privatrecht genoß (vgl. 1270 I, 16. II, 5. VII, 20). Das Recht der Wittigsten verdient um so mehr in unserer Zeit eine abgesonderte Erörterung, da man angefangen hat, an der bisherigen Hauptgrundlage unserer bürgerlichen Verfassung, der Erbgesessenheit, zu rütteln.

4) Weitere Ausführung über den Begriff und das Recht der Erbgesessenheit s. in einem Vortrag des Herrn Dr. Harder. Vgl. die Lübischen Bestimmungen Cod. Hach. I, 67. II, 109. III, 10. 228.

Digitized by Google

zu sein[1]). In Hamburg finden sich erst im funfzehnten Jahrhundert, etwas früher als unsere aufbewahrten Vehmgerichts-Acten, welche von 1462, 1467 und 1472 sind[2]), unzweifelhafte Spuren von bürgerlichen Siegeln, die unsere Vorfahren, ohne dazu die Concession vom Kaiser oder vom Rath nachzusuchen, ohne Weiteres zwar nicht als ein Familiensiegel (Signet), aber doch als ein persönlich ausschließliches Siegel geltend machten, und weswegen sie, wie es scheint, zwar nicht gesetzlich, aber doch herkömmlich auf obrigkeitlichen oder gerichtlichen Schutz Anspruch machten. Welche Wichtigkeit diesen Siegeln bei uns beigelegt wurde, beweisen in unserem ältesten Rathsdenkelbuche[3]) mehrere Erklärungen aus den Jahren 1414 bis 1476 bei Gelegenheit des Verlustes der Pettschafte. Diese Erklärungen geschahen vor einem wahrscheinlich dazu committirten Rathsmitgliede, vertraten wahrscheinlich die Stelle der erst später aufgekommenen Proclame, und sollten den ferneren Misbrauch des zufällig abhanden gekommenen Pettschafts verhindern. Sie setzen wohl unstreitig voraus, daß man abseiten der Obrigkeit das ausschließliche Recht auf den Gebrauch des Siegels an sich anerkannte. Der Declarant giebt an, daß er sich eines silbernen oder messingenen Pettschaftes bisher bedient, das er manchmal, am häufigsten aber gar nicht näher beschreibt[4]), er macht selbst die Urkunden namhaft, die er mit demselben ausgestellt, erzählt auch wohl, bei welcher Gelegenheit er es verloren, z. B. bei einem räuberischen Ueberfall, aus seinem Aermel (manica), aus der Tasche (manua), aus dem Felleisen (bursa), aus einer Kiste (cista), oder nachlässiger Weise

1) Vgl. die interessante Ausführung in Falck's Hdb. des Schlesw. Holst. Privatr. 4, 248 ff. mit Eichhorn Einl. ins D. Privatr. Dritte Ausg. § 63. Mitterm. D. Privatr. Ausg. 4 § 66. Oesterley Gesch. des Deutschen Notariats 1, 376 ff. Die Siegelmäßigkeit in Baiern in dem Oberbaierschen Archiv für vaterl. Gesch. 3, 3, 313 ff. S. auch meine Vortr. 1, 2, 235.

2) Vgl. meine Vortr. 1, 2, 238 ff.

3) Liber memorandorum. S. meine Vortr. 1, 1, 198 ff.

4) So fol. 107 im J. 1467: In quo quidem sigillo nomen dicti Heynonis von Sprekelsen cum eius cognomine et signo suo solito, videlicet (folgt das Zeichen eines Andreas-Kreuzes) fuit insculptum.

Digitized by Google

(neglectu certo), und erklärt beſtimmt alle ſpäter damit ausgeſtellten Urkunden für gänzlich werthlos [5]).

---

5) Es iſt der Mühe werth, beiſpielsweiſe hier einige von dieſen Declarationen umſtändlich herzuſetzen:

Liber memorandorum fol. 28.

Sciendum quod Johannes de Rode senior constitutus coram Dominis Consulibus Hamburgensibus querulose eis exposuit quod pridem videlicet feria tertia ante festum natiuitatis beatae virginis Mariae de anno domini millesimo quadringentesimo XIIII Sigillum suum argenteum quo communiter utebatur casualiter amisisset timens ut exinde quod absit, in futurum gravia dispendia patiatur, ideoque memoratus Johannes de Rode bona fide et in verbo veritatis confitebatur et dixit quod Eynehmo de Stohtze civi Hanoverano quasdam literas cum dicto sigillo sigillauit, videlicet pro Bertoldo Bote, socio suo, et Johanne Speygel oppidano in Buxtehude, et unam literam vicariis in ecclesia sctae Catharinae Hamburgensis similiter cum eodem sigillo roboravit. Et si aliquae aliae literae patentes ultra memoratas literas inueniantur aut producantur ubicumque dicto ipso sigillo munitae illas negat eximere tamque falsas et iniustas ac praeter et contra ipsius scitum et voluntatem cum huiusmodi sigillo suo roboratas adeo quod his ipsis nulla fides debeat quaelibet adhiberi, nec ipse aut ipsius heredes ipsarum praetextu quolibet conveniri de iure, aut forsitan molestari. Actum feria quarta ante Lucam evangelistam praesente domino Erico de Tzevena.

Sciendum quod Tydericus Hoyer Constitutus coram Dnis Proconsulibus Hamburgensibus querulose eis exposuit quod pridem in vigilia omnium Sanctorum intra hic et Lubecam prope Stubbendorpe certi raptores eundem Tidericum spoliarunt et suum ceperunt Sigillum quo certas literas patentes sigillavit pro Ludekinc Versghen. Et si aliquae aliae literae patentes ultra memoratas literas inveniantur, aut producantur, ubicumque, dicto suo sigillo munitae, illas negat ex nunc tamquam falsas et iniustas ac praeter et contra ipsius scitum et voluntatem cum huiusmodi sigillo suo roboratas. Actum feria secunda post Conceptionis beatae Mariae anno Domini millesimo CCCCXV° praesente Domino Erico de Tzeuena.

Fol. 30.

Sciendum quod Wilkinus Nyenborch constitutus coram Dnis Consulibus Hamburgensibus eis querulose exponens quod

Digitized by Google

§ 19.

Ehre, Rechtloſigkeit und Friedloſigkeit.

Von keinem rein perſönlichen Verhältniß des Menſchen läßt es ſich in einem ausgedehnteren Umfange behaupten, daß zunächſt

---

die dedicationis ecclesiae Sancti Petri Hamburgensis anni praeteriti ipse perdidit Sigillum suum cupreum quo communiter utebatur metuens quod exinde in posterum gravia damna et dispendia patiatur. Et si aliquae literae cum praedicto Sigillo post eius amissionem sigillatae fuerint, illas negat fore veras ubicumque producuntur ac praeter ipsius voluntatem et scitum cum huiusmodi suo sigillo roboratas adeo quod literis ipsis nulla fides debeat quolibet adhiberi. Actum anno Dni MCCCCXVIII filice mipmie praesente Domino Johanne Alverding.

Anno XIX.

Sciendum quod Johannes Rogghe coram Dominis Proconsulibus querulose retulit qualiter anno Domini MCCCCXIX die dominico post Pauli commisionis amisit sigillum suum de manca et fuit sibi furtive ablatum in ecclesia Mariae Dominae et cum eodem sigillo sigillavit certas literas patentes videlicet unam pro pecunia spectante ad bona Elemosina item unam aliam literam sigillatam sigillo suo cum sigillis Bernardi et Marquardi fratrum dictorum Koldenwe super certis redditibus et si post istum diem aliae reperiantur literae dicto suo perdito sigillo sigillatae nullius penitus debent esse valoris ut praedicto Johanni Rogghen maligne praeiudicarent. Actum in vigilia purificationis praedicto anno praesente Dno Johanne Ghultsow.

Sciendum quod Johannes Symmigeshuses Syrurgicus coram Dnis Consulibus Hamburgensibus querulose retulit feria tertia post Jubilate amisisse sigillum suum et publice fatebatur nullam literam patentem cum dicto sigillo sigillatam et si in posterum aliquae literae cum dicto suo sigillo sic perdito sigillarentur nullius debent esse valoris nec sibi aut suis heredibus aliquo modo praeiudicandum. Actum feria secunda post Cantate praesente Domino Viccone de Houe.

Fol. 31.

Sciendum quod Heyne Erteneborch conquerebatur coram Dnis Consulibus Hamb. quod in die Sanctae Michaelis amiserat sigillum suum et cum dicto sigillo temporibus retroactis sigillavit unam literam super duarum marcarum redd. et nullas alias literas sigillavit praedicto sigillo et protestatus fuit quod

Digitized by Google

nicht das Recht, ſondern die Sitte, die Zeitanſicht, oder, wie man jetzt ſagt, der Zeitgeiſt die Gränzen und das Gebiet desſelben beſtimmt, als von dem Verhältniß deſſelben zu der Meinung und Anſicht ſeiner Mitmenſchen in Beziehung auf ſeinen Werth und Charakter, mit einem Worte, von demjenigen Verhältniß, welches man Ehre nennt. Hier iſt es ganz natürlich, daß ſich die Sitte, die Anſicht der Zeitgenoſſen, der das Verhältniß zunächſt ſein Daſein verdankt, auch zuerſt geltend macht. Das Recht ſchreitet erſt ein, wenn es ſich von Verletzungen, Beſchränkungen oder gar der Aufhebung dieſes Verhältniſſes handelt, die im Rechtswege geltend gemacht werden ſollen; aber auch bei dieſen rechtlichen Beſtimmungen über Injurien, als Rechtsverletzungen in Beziehung auf die Ehre, und über Ehrloſigkeit in ihren verſchiedenen denkbaren Abſtufungen verliert die Sitte und die Zeitanſicht weit weniger, als ſonſt im Rechtsgebiet, ihren Einfluß. Daß manche Erſcheinungen auf dieſen beiden, übrigens unbeſtritten

---

si aliae reperirentur literae dicto sigillo sigillatae penitus nullius debent esse roboris vel momenti, et praedicto Heynoni nec suis haeredibus nullo modo debent praeiudicare. Actum feria secunda post Conceptionis Mariae (1419) praesente Domino Biccone de Houe.

Fol. 33.

Anno XIIII^{C} XXII.

Sciendum quod Clerus Holste Constitutus coram Dominis Consulibus Hamburgensibus querulose eis exposuit quod in profesto corporis Christi anno Dni XIIII^{C} XXIII Sigillum suum de auricalco quo communiter utebatur amisit in Kornstouen in Cremona timens ut exinde quod absit in futurum gravia dispendia patiatur. Ideoque memoratus Clerus Holste bona fide et in verbo veritatis confitebatur et dixit quod unam literam pro Marquardo Partsouwe pro duarum marcarum redditus ad Gherekino Sterneberch cum eodem sigillo roboravit. Et si aliquae aliae literae patentes ultra praedictam inveniantur aut producantur ubicumque dicto suo sigillo munitae illas negat ex nunc tamquam falsas et iniustas ac praeter et contra ipsius scitum et voluntatem cum dicto Sigillo roboratas Adeo quod literis ipsis nulla fides debeat quolibet adhiberi nec ipse aut ipsius haeredes ipsarum praetextu quolibet queunt de iure aut forsitan molestari. Actum feria quarta post corporis Christi ex commissione Dni Henrici de Monte.

Digitized by Google

concentrischen Gebieten nicht blos bei einem, sondern bei mehreren Völkern, und nicht blos in dieser oder jener, sondern zu verschiedenen Zeiten vorkommen, berechtigt uns nicht zu der Annahme, daß die eine Nation oder Zeit sie von der andern entlehnt habe. Dieser Gesichtspunkt ist besonders nicht aus den Augen zu lassen, wenn man sowohl im Römischen als im Altdeutschen Rechte findet, daß man in dem größeren oder geringeren Ausschlusse von der Mitwirkung in dem öffentlichen Gerichtswesen eine positive Beschränkung der Ehre, und daß man überhaupt in der Beschränkung der bürgerlichen Gerechtsame bei beiden Völkern vorzüglich die Beschränkung der persönlichen Ehre angenommen hat.

Nichtsdestoweniger ist es durchaus verwerflich, die Römischen und die Altgermanischen Begriffe von Ehre mit einander zu vermengen. Wir verdanken es insbesondre den lehrreichen Forschungen Savigny's in seinem nicht genug grade den Germanisten zu empfehlenden System des Röm. Rechts (2, 170 ff.), daß wir positiv jetzt die Römische Infamie als ein antiquirtes Institut bezeichnen können, das lediglich auf einer besonderen Römischen Volksansicht beruhte (S. 199), und mit der eigenthümlichen Römischen Gerichtsverfassung zusammenhing, also gar nicht mehr auf unsere Germanischen, alten wie neuen Zustände anwendbar ist (S. 224 ff.). Nichtsdestoweniger ist es gar nicht in Abrede zu stellen, daß durch Misverständniß, durch das Verkennen der eben erwähnten, erst jetzt ermittelten Thatsachen die Römische Lehre von der Infamie auf unser heutiges Ehrenrecht nicht ohne Einfluß geblieben ist, so wie sich sogar das Wort selbst in unserer Muttersprache das Bürgerrecht verschafft hat. Allein es ist um so wichtiger und unerläßlicher, alle Bestimmungen zu untersuchen, welche in unseren Hamburgischen, von diesem Einfluß noch unabhängigen Ordelen auf Ehre Bezug haben. Ich theile die Ansicht Budde's[1]) nicht, daß nunmehr die gemeinrechtliche Theorie von der bürgerlichen Ehre bei uns ausschließlich auf Deutsches Recht gegründet werden müßte, sondern ich halte darum die Erforschung des Altgermanischen Elements für nothwendig, um

1) Ueber Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit. Bonn 1842. 8. S. VI u. S. 125 ff.

Digitized by Google

die Eigenthümlichkeiten dieses einen Elements jener gemeinrechtlichen Theorie klar zu machen, und davon den Einfluß, den das mehr oder weniger unrichtig verstandene Römische Recht ausgeübt hat, thunlichst unterscheiden und absondern zu können. Auch hier bewährt es sich also, wie unentbehrlich dem heutigen Juristen ebenso sehr das Studium des Römischen, wie des Deutschen Rechts ist (§ 1).

Budde erklärt selbst, für seine Betrachtungen (1842) den Sachsenspiegel als Hauptquelle benutzt zu haben. Davon unabhängig hat Wilda (1842)[2]) die Friedlosigkeit und Rechtlosigkeit auf die Bestimmungen der alten, meist Nordischen Volksrechte zurückgeführt. Es scheint mir, daß zuverlässigere Resultate erzielt werden, wenn man speciell ein altes Recht, wie unser Stadtrecht ins Auge faßt, von welchem man einerseits gewisser ist, als beim Sachsenspiegel, daß es sich von der Einwirkung des Römischen Rechts freigehalten hat, und in welchem man andrerseits um so zuverlässiger die Bestimmungen als National-Eigenthum betrachten kann, welche sich auf jene Volksrechte zurückführen lassen. Eine solche Untersuchung ist um so unentbehrlicher, wie hoch man auch die Verdienste jener Gelehrten anschlagen muß, da Wilda gar nicht, und Budde nur einigemal unser topisches Recht, und zwar in der schlechten Walchschen Ausgabe der Codification von 1497 berücksichtigt hat.

§ 20.

Fortsetzung.

Im Allgemeinen scheint Budde (vgl. S. 5 ff. S. 131 ff.) auf Ausdrücke zu viel Gewicht gelegt, und gewissermaaßen ein System noch mehr ausgebildet zu haben, wovon wohl angenommen werden kann, daß der Anhaltische Ritter es sich selbst, und zwar nicht immer mit ganzer Consequenz, gemacht hat, um rechtlich begränzte Unterschiede zwischen recht-, ehr- und echtlos zu ermitteln. Es scheint mir nicht dringend genug davor gewarnt werden zu können, daß man in unseren Altdeutschen Rechtsbestimmungen nicht eine feste, geregelte Kunstsprache annehmen[1]), oder gar daraus besondere Folgerungen herleiten möge. Die

2) Strafr. der Germanen S. 278—313.

1) Vgl. oben § 8 Anm. 1 und meine Vorträge 2, 2, 249 Anm. 3.

Digitized by Google

grade hier vorkommenden zahllosen Varianten des Sachsenspiegels hätten schon an sich darauf hinführen müssen, daß Vieles von der Repkowischen Theorie den doch nicht durchaus als unwissend anzunehmenden, wenigstens dem gebildeten Volk angehörenden Abschreibern fremd gewesen sein muß. Selbst nach den Erörterungen Budde's löst sich die Distinction zwischen Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit mehr oder weniger in Subtilitäten auf, die sich bei einem aus dem Volksleben und aus den Volkssitten entnommenen Rechtsstoffe gar nicht annehmen lassen. Das für uns hier Wesentliche reducirt sich übrigens darauf, daß sowohl Rechtlosigkeit als Ehrlosigkeit im Sachsenspiegel eine Standschaft und bestimmte Standesrechte voraussetzen (S. 40 und 96). Da haben wir denn bereits (§ 16) ermittelt, daß, sofern man den Stand des Adels von den andern der bürgerlichen Gesellschaft unterscheidet, unsere Vorfahren in Hamburg sich gegen jeden Standesunterschied, gegen alle Vorzüge eines besondern Standes aufgelehnt haben. Man erkannte in jedem Bürger seine Freiheit und Schöffenbarkeit an. Nichtsdestoweniger lassen sich Spuren der allgemeinen Nationalansicht auch in unseren ältesten Ordelen wiedererkennen, und haben sich selbst bis auf die neuesten Zeiten erhalten, wo denn freilich der pragmatische Zusammenhang der überlieferten Rechtsbestimmungen mit den alten, seitdem untergegangenen Volksbegriffen nur durch historische Forschung zu vermitteln ist.

Darüber ist nämlich unter den Germanisten kein Streit, und kann auch bei den bestimmten Aeusserungen des Sachsenspiegels[2]) und selbst der älteren Nordischen Volksrechte[3]) darüber nicht wohl ein Streit sein, daß eine besondere Beeinträchtigung der Ehre des Mannes, seiner rechtlichen Persönlichkeit darin gefunden wurde, wenn man ihn zu gerichtlichen Handlungen nicht fähig hielt. In gewisser Hinsicht trifft hier das alte Deutsche Recht mit dem Römischen zusammen, das bei Infamen die Fähigkeit zu postuliren und reine Popularklagen anzustellen beschränkte[4]). Aber wohin es führt, wenn man darum beide Rechte mit einander verwechselte, hat namentlich Savigny

2) S. z. B. Budde S. 16.
3) Wilda S. 304 Anm. 2.
4) Savigny 2, 215 ff.

Digitized by Google

dadurch nachgewiesen, daß er es als einen sehr verbreiteten Irrthum unserer Juristen bezeichnet, wenn sie es als eine Regel des Römischen Rechts hinstellen, die Infamen für zeugnißunfähig zu erklären[5]). Dies ist vielmehr ein processualischer Rechtsatz, dessen Quelle das Deutsche Recht ist, und der sich bis heute erhalten hat, aber manchem Nichtjuristen unbegreiflich vorkommen mag, weil jene Quelle aus dem Bewußtsein des Volks verschwunden ist.

Wir werden aber hier zur besseren Verständigung unserer alten Ordele wenigstens einige Züge aus dem Rechtsverfahren derjenigen Zeit, wo dieselben entstanden sind, entwerfen müssen.

§ 21.

Fortsetzung.

Das Althamburgische Gerichtsverfahren.

Im dreizehnten Jahrhundert finden wir nämlich keine Spur mehr davon bei uns, daß sich ein jeder Bürger ohne Weiteres zu den s. g. nichtgebotenen Gerichtstagen hätte einfinden müssen, daß die im Gericht anwesenden Umstände, d. h. Umstehenden wegen des Ordels befragt wären, daß somit die Anwesenheit der Bürger in den Gerichten allemal nothwendig gewesen wäre. Es scheint schon damals dieses Recht der Schöffenbaren als eine für den Verkehr der Handelstadt lästige Bürgerpflicht angesehen, und Zumuthungen der Art an die Bürger nicht gemacht zu sein. Ueberall findet man bestimmte Vorladungen der Partheien als sich von selbst verstehend vorausgesetzt (1270 IX, 5. 6. XII, 11). Wenn man 1270 IX, 25 mit VI, 9 und IX, 30 zusammenhält, so ward in den einzelnen Fällen von den Rathmannen auch im Volksgerichte, unserem späteren Niedergerichte, das Ordel gefunden, sie sind es, oder können es doch wenigstens ebenso gut als die anderen anwesenden Wittigsten (dinglude VI, 8. IX, 1) sein, welche der gräfliche Vogt, nachdem er vor Gericht die beiden Partheien gehört hatte (horen vor rechte twyer manne wort), nach dem rechten Ordel fragte (vnde enen man twischen erer twier rede vragen en recht ordel). Es fiel somit die Nothwendigkeit hinweg, an den Gerichtstagen auch andere Bürger

5) A. a. O. S. 221 ff.

zu entbieten, um Recht zu sprechen, und somit findet sich auch selbst in unserem Statut von 1270 keine Andeutung mehr davon, daß diese gerichtliche Handlung Jemandem aus irgend einem Grunde hätte untersagt werden müssen. Es ist vielmehr schon öfter von mir daran erinnert worden, wie theilnahmlos schon damals das Publikum an dem Gerichtswesen, soweit sich nicht Jemand wegen Civilansprüche persönlich dabei betheiligte, sich verhalten haben muß, da man sich schon genöthigt sah, das Recht zu Criminalklagen als eine Zwangspflicht einzuschärfen (1270 IX, 3).

Dagegen war das Recht, als Zeuge aufzutreten damals viel bedeutender, als jetzt [1]). Man kannte damals noch nicht die große Zahl von Beweismitteln und von verschiedenartigen Klagen. Wir finden nur in zwei Fällen eines andern Beweismittels als der Zeugen gedacht, und dabei es als etwas ganz Besonderes hervorgehoben, nicht etwa daß andere Beweismittel, sondern daß Zeugen nicht darüber gingen. Dies war in den Fällen, daß entweder ins Erbebuch der Stadt Etwas geschrieben war, und Jahr und Tag darin gestanden hatte (VII, 2), oder daß eine Schuld vor dem ganzen Rathe bekannt, und ins Stadt-Schuldbuch eingeschrieben war (VII, 3) [2]).

---

1) Auch insofern, als Zeugen damals gewissermaaßen Richter der Thatsache waren, so wie denn überhaupt die Personen eines gerichtlichen Verfahrens nicht so scharf von einander unterschieden werden dürfen, wenn man die Altgermanische Zeit ins Auge faßt, wo der Einfluß des Römischen Rechts und der daraus hervorgegangenen Doctrin sich noch nicht geltend gemacht hatte. Mir scheint über das Institut der Jury dadurch ein zuverlässigeres Licht verbreitet zu werden, daß man es sich klar macht, wie die scharfe Abgränzung der verschiedenen Gerichtspersonen, der Unterschied zwischen Zeugen und Richtern eine Frucht des Römischen Rechtsstudiums ist, und sich bei unseren Vorfahren keineswegs von selbst verstand. Wir fallen in diese alte kindliche Zeit zurück, wenn wir jetzt dem Zwitterwesen von Geschwornen die Entscheidung der Thatfrage überlassen.

2) Die Briefe der Stadt, deren 1270 VI, 28 gedacht wird, sind keine Beweismittel. Vergl. meine Vortr. 1, 2, 350 Anm. 1. 2, 1, 83 ff. Daß gegen die ins Erbebuch und in das Schuldbuch der Stadt eingeschriebenen und dadurch beurkundeten Thatsachen keine Zeugen zulässig waren, rührte theils davon her, daß das

Digitized by Google

Ebenso gab es derzeit nur zweierlei Klagarten. Entweder der Kläger trat gewissermaaßen selbst als Zeuge auf, und dann blieb dem Beklagten nichts als sein Eidschwur, wobei weder an eine Eidesdelation noch an einen Reinigungseid zu denken ist[3]).

daselbst Verzeichnete vor dem Rathe, also vor einer der öffentlichen Behörden, die an die Stelle der Volksversammlungen bei uns getreten waren, sich zugetragen hatte Sachsenspiegel I, 18, 2, theils aus der Ansicht, daß einer Entkräftigung desselben bereits ein Eid, nämlich der Eid der Rathmannen 1270 IX, 30, entgegenstand. Im dreizehnten Jahrhundert scheinen andere Urkunden als diese noch gar nicht vorgekommen zu sein, es mochte die Schreibekunst noch nicht hinreichend bei uns verbreitet sein. Erst im sechszehnten Jahrhundert verfiel unsere Legislation auf besondere Vorschriften wegen des Urkundenbeweises, und man erkennt es noch im neusten Statut von 1605 I, 30, daß theils der Gerichtsgebrauch, theils der Einfluß des Römischen Rechts sich darin zwar geltend machte, allein daß andere Ansichten vom Beweisverfahren vorher vorhanden gewesen sein müssen. Es scheint mir auch hier wiederum ein Beispiel vorzuliegen, wie es für die Ermittelung des national Deutschen Rechts unentbehrlich ist, sich mit einem bestimmten Specialrechte genau bekannt zu machen, von welchem die Gewißheit vorliegt, daß es zuerst unabhängig vom fremdartigen Einflusse, namentlich unabhängig vom Römischen Rechte aufgetreten ist. Vieles Antiquarische in der sonst sehr lehrreichen Abhandlung Ortloff's über Diffessionseid, Zeugenrecognition und Schriftvergleichung in den Sächsischen juristischen Abhandlungen und Rechtsfällen, Jena 1847, 8. Bd. I S. 1 ff. würde eine andere Gestalt gewonnen haben, wenn nicht die Beweise für das Alt-Germanische Beweisverfahren aus den Langobardischen, Westgothischen und solchen Rechten genommen wären, bei denen Römischer Einfluß unabweisbar ist. Selbst die Art und Weise, wie S. 5 Anm. 16 unserer Stadtrechte gedacht wird, beweist, wie wenig dessen Originalität und Verhältniß zum Stader und anderen Statuten in Anschlag gebracht ist. Vielleicht würde bei einer strengeren Aussonderung des ächt Germanischen Elements der Vorwurf weggeblieben sein, der S. 2 der Ansicht von Pardessus und Schäffner gemacht wird, wonach Urkunden in jener Zeit als eine Art Memorandum betrachtet worden, um die Zeugen an das Geschäft wieder zu erinnern: eine Ansicht, die unter einigen Modificationen keineswegs verwerflich ist.

3) Vgl. meine Vorträge 2, 1, 1 ff. So ist auch 1270 VI, 3 das vullenkomen vom Eide zu verstehen, und gewinnt dadurch die Stelle von dieser Seite eine Uebereinstimmung mit VI, 4. S. meine Vorträge 2, 1, 94.

Digitized by Google

Oder der Kläger brachte einen Zeugen mit, oder auch er berief sich auf einen Zeugen. Diese Procedur war aber mancherlei Beschränkungen unterworfen, welche es zu bestätigen scheinen, daß sie neueren Ursprungs war. Schadensklagen ließen sich nicht auf diese Weise anstellen VI, 13, 1 [4]). Ebenso wenig die Criminalklagen, wenn keine Handhaftigkeit vorlag VI, 5. 12 [5]), so wie überhaupt Klagen, die an die Ehre des Beklagten gingen VI, 12 [6]). Wenn Jemand ferner klagt, indem er sich auf Zeugen [7]) beruft, und dies Zeugniß nicht so ausfällt, als er sich dessen bei seiner Klage berühmte, dann hat er diese verloren 1270 VII, 17 [8]). Es scheint nicht mehr nöthig gewesen zu sein, bei der Klage sofort den Zeugen namhaft zu machen, geschweige denn mitzubringen, wie im älteren Verfahren VII, 13 [9]).

4) Vgl. meine Vortr. 1, 2, 350 ff.

5) Vgl. darüber meine Vortr. 1, 2, 404 ff. Cropp zählt Beitr. 2, 2, 388 ff. die verschiedenen Umstände auf, in denen er die ehrenrührige Form des bei Handhaftigkeit stattnehmigen Verfahrens findet, Beginnen mit Gerüfte X, 3, Binden des Angeklagten XII, 7, Beschränkung seiner Vertheidigung XII, 7, läßt aber den Umstand ausser Acht, daß dann auch der Zeugenbeweis zulässig war.

6) Freilich läßt sich hier das aftügen auch von dem Eide des Klägers auffassen vgl. meine Vortr. 2, 1, 12. Die Unbestimmtheit des Ausdrucks erklärt sich aus der, unserem ältesten Statut vorangegangenen Zeit, wo die Begriffe von Zeugen und Eideshelfern noch zusammenfielen: eine Zeit, deren Spuren sich noch in einzelnen Wendungen unserer alten Ordele wiedererkennen lassen, z. B. VII, 14 tugen up enen man, wo ein Zeugniß nicht für den Mann, sondern für das Ereigniß, die Thatsache gemeint ist. Vgl. Lub. Cod. Hach. III, 178.

7) Uebrigens war eine Mehrheit von Zeugen nicht erforderlich. Die Stellen lassen sich meist ebenso wohl von einem einzelnen Zeugen verstehen.

8) Vgl. meine Vortr. 2, 1, 20 ff. Die Lehren von der Zulässigkeit neu aufgefundener Zeugen, vom besseren Beweise ꝛc. sind späteres Proceßrecht, und mit den Ansichten des dreizehnten Jahrhunderts unverträglich.

9) Der VII, 13 vorkommende Ausdruck tughborstig erklärt sich aus dem Sprachgebrauch des Sachsenspiegels: burst an sine geweren 1, 15, 1. 2, 15, 2. 36, 5. 7. 44, 3, wo burst nach der authentischen Interpretation 2, 15, 2 synonym ist mit dat se in gebroken wirt mit rechte. So auch Homeyer Register S. 298 burst Bruch. Unser Bersten hängt damit zusammen.

Digitized by Google

Aber wenn der Zeuge dem Kläger zuerkannt war, soll er ihn, und zwar an demselben Gerichtstage benennen VII, 12, 2, und binnen vierzehn Tagen sistiren[10]) VII, 1. Fällt das Zeugniß ihm nur theilweise günstig aus, so scheint er seine Klage verloren zu haben VII, 12, 1 vgl. VI, 21. Hat er übrigens bei seiner Klage sich auf Zeugen berufen, und diese sind ihm zuerkannt, so darf er nicht davon abgehen, oder er ist sachfällig VII, 18. Ein Gleiches ist mit dem Beklagten der Fall VII, 11, der überhaupt, wenn eine Klage auf Zeugniß angestellt war, auch seinerseits nur mit Zeugen seine Einreden der Zahlung, des Vergleichs, der entschiedenen Sache darthun darf. Wenn er seinen Zeugen nicht stellen kann, so wird der Fall ebenso angesehen, als wenn das Zeugniß nicht so ausfällt, wie er sich dessen berühmte, und hat der Kläger gewonnen VII, 18. Einen directen Gegenbeweis durch Zeugen scheint man nicht gestattet zu haben VI, 1. Wenn aber die Partheien über die Lösung eines Erbzinses mit einander uneins sind, der Käufer will ihn wohlfeiler gekauft, der Verkäufer ihn theurer verkauft haben, und Beide sich auf Zeugen berufen, so soll der Käufer nach II, 1 (vgl. meine Vorträge 2, 2, 186 ff.) mit seinem Zeugen vorgezogen werden. Hat aber nur eine der beiden Partheien einen Zeugen, so soll dieser zugelassen werden, einerlei, ob es der Käufer oder der Verkäufer ist. Haben Beide keine Zeugen, so soll der Käufer schwören, wie theuer er den Zins gekauft. Er wird nämlich angesehen als derjenige, welcher ihn in seiner Gewehr hat.

§ 22.

Unfähigkeit zum Zeugniß.

In einer Zeit, wo für das Gerichtsverfahren das Zeugniß von einer noch viel größeren Erheblichkeit war, wie jetzt, darf es nicht Wunder nehmen, daß man es als eine der bedeutendsten Beeinträchtigungen der Ehre eines Bürgers betrachtete, nicht zeugen zu dürfen, was denn auch wohl überhaupt die Unzulässigkeit zur Ableistung eines gerichtlichen Eides in sich schloß. Daher ward von diesem ausserordentlichen Nachtheil auch ein so sparsamer Gebrauch gestattet, daß sich in allen Ordelen von 1270

10) Leden VI, 21, welches Wort hier anders gebraucht ist, als I, 14.

Digitized by Google

nur ein einziger Fall namhaft gemacht findet, wo er vorgeschrieben wird. Das Ordel VII, 14 von 1270 lese ich folgendermaaßen:

> So welk man unrechte tuget, vnde it deme rade wirlik wert, vnde warliken vndervint: he schal deme manne, dar he up tuget heuet mit vnrechte, al syne kost vnde syn vorles, dat he van synent haluen heuet, gelden. Vnde dario ne schal he uppe nenen man mer tugen, vnde ne schal nicht mer also gud man wesen, alse he tovoren was.

Das Ordel kommt auch 1292 H, 12, 1497 M, 12, 1605 IV, 5 (sehr erweitert), Stad. VII, 11 (Puf. I app. p. 212) Rig. 97 (Puf. III app. p. 255) und Lub. Cod. Hach. III, 339 vor. Lappenberg bemerkt (R. A. Vorr. S. LXII) es stimme in seinen Anfangsworten auffallend mit dem Lub. Cod. Hach. II, 108 überein, weiche aber darin ab, daß es dem falschen Zeugen den Ersatz des ganzen Schadens zur Pflicht mache, welche Bestimmung sich erst in späteren Lübecker Handschriften finde, während jener Cod. II dem Verbrecher eine Geldbuße von 60 Schillingen auferlege[1]). Was uns aber hier mehr interessirt, das ist zu-

1) Man kann die Bestimmung in unseren alten Rechten, daß Jemand schadensersatzpflichtig sei, nicht als Etwas behandeln, was sich von selbst verstehe, und also nur zum Ueberflusse gesagt werde. Es muß auffallen, daß nicht blos in unserem Ordel, sondern auch sonst oft ausdrücklich bemerkt wird, wer Schaden zufüge, solle ihn ersetzen, z. B. I, 17. 18. VI, 19. 20. IX, 15. 17. Dies hängt, wie ich es in meinen Vortr. 1, 2, 350 gesucht habe nachzuweisen, mit dem alten Grundsatz zusammen, daß man sich Demjenigen, was man nicht vor Gericht that, durch einen Eid entziehen könne. So konnte, wer wegen eines Schadens angesprochen ward, den Schaden eidlich abläugnen VI, 13, 1, und es galt kein Zeugniß dagegen. Darum aber war es wichtig, vielleicht gar nothwendig, genau zu bestimmen, in welchen Fällen Jemand schadensersatzpflichtig sei, was sogar so weit geht, daß, wenn vor zwei Rathmännern eine Willkühr errichtet ist, Jemanden zu entschädigen, der Beklagte nicht zum Eide zugelassen werden soll VI, 13, 3. Weil eben der Beklagte, der wegen eines Schadens in Anspruch genommen wird, sich ausser in den bestimmt ausgenommenen Fällen durch seinen Eid der Klage entziehen konnte, so mag sich die Meinung hier gebildet haben, von der die Glosse zu 1497 E, 6 ein merkwürdiges Zeugniß ablegt, und wonach dem Hamburger

Digitized by Google

vörderst sein Verlust des Rechts zu zeugen, wo dann wieder an die doppelte Bedeutung dieses Ausdrucks erinnert werden muß, indem tugen schwören und zeugen begreift (§ 21 Anm. 6). Es ist möglich, daß sich hier geistlicher Einfluß geltend gemacht hat (vergl. meine Vortr. 2, 1, 9. 10); aber jedenfalls tritt das Ordel so selbstständig auf, es giebt die Folgen des falschen Zeugnisses in einer Art und Anordnung, aus welcher sich unverkennbar ergiebt, hier bewegt es sich in einer neuen Rechtssphäre, oder mindestens es wendet eine alte Rechtsansicht in einer Weise an, die nur bei dem neuen Rechtsverfahren dieser Zeit besonders hervortritt, wiewohl sie sich wesentlich auf die alte gemeinschaftliche Folge der Recht- und Ehrlosigkeit, Unwürdigkeit im Volksgericht zu erscheinen[2]), stützt.

Wie sehr man aber daran zweifelte, daß Jemand sich an der alten Deutschen Wahrhaftigkeit und Treue[3]) so sehr versündigen, und überdies einen Misbrauch im Anrufen des göttlichen Namens sich erlauben könne: dies ersieht man daraus, daß nur dann der Verlust der Zeugnißfähigkeit eintreten soll, falls das unrechte Zeugniß deme rade witlik wert, vnde warliken vndervint. Es ist der in unserem ältesten Statut häufig vorkommende Ausdruck it is den Radmannen oder dem meynen rade witlik schon mehrmals von mir erläutert worden[4]); er bedeutet, es ist dem Rathe erinnerlich, er weiß es. So kommt er vor III, 8. VI, 7. 12. 13, 3. 23. XI, 2, 1. In unserer Stelle heißt es witlik wert, so wie 1, 17. 18, und in specieller Beziehung zum Rath 1, 14, III, 7. Da ist es offenbar mit dem rade kundiget ofte klaget IX, 3 synonym, und somit dürfte das Ordel

---

Stadtrechte Schuld gegeben wird, dat me nenen schaden kone manen, was dort denn die Glosse umständlich zu widerlegen für nothwendig erachtet, obgleich damals schon der Eid nicht zulässig angesehen wurde, als wor sick de cleger nenes bewyses effte tuges vorromet, woraus denn auffallende Widersprüche sich müssen entwickelt haben, weil man Schaden nach derselben Glosse auch damals noch nicht totugen durfte.

2) Vergl. auch Falck Schlesw. Holst. Privatr. 4, 268 Anm. 6.

3) Vergl. Budde S. 97.

4) Vergl. 1, 2, 353. 2, 2, 222. Die Redewendung kommt auch vor Lub. I, 124. III, 166 a. E.

Digitized by Google

beweisen, daß nur auf Denunciation, nicht von Amtswegen, wie denn das letztere Verfahren damals überhaupt wohl gar nicht vorkam, der Rath sich davon Kenntniß verschaffen, und wenn er die Angabe für wahr findet, und somit sich von dem falschen Zeugniß überzeugt, jene Folge eintreten konnte.

Nicht zufrieden, dem falschen Zeugen die Zeugnißfähigkeit abzusprechen, fügt das Ordel hinzu, er solle auch nicht mehr also gud man sein, als er vorher gewesen. Man müßte annehmen, daß dies eine besondere weitere nachtheilige Folge des Verbrechens sei, daß das Ordel darauf einen besonderen Nachdruck gelegt wissen wollte. Wenn man nun die übrigen Ordele vergleicht, worin der Ausdruck gude man oder gude lüde vorkommt, so findet er sich in drei Beziehungen angewandt, am häufigsten bei Zeugen I, 14. 19. III, 8. 10. 16. VI, 1. 6 a. E. VII, 9, 2 u. 6. XI, 3. XII, 5, 2. 9. 11, einmal als zulässig zum Familienrath (§ 32. 33) X, 8, und dreimal als zur Rechtshülfe berechtigt III, 17. VII, 1. 20 a. E. Ist nun freilich unverkennbar ein bestimmter Sprachgebrauch für das Wort hieraus nicht nachzuweisen, so tritt doch die Zeugnißfähigkeit am entschiedensten hervor, und somit sagt es im Ordel VII, 14 entweder nichts mehr als der vorhergehende Satz, oder es bekräftigt etwa die Rücksicht auf die Theilnahme an der gerichtlichen Thätigkeit, und somit auf den landrechtlichen Ursprung der ganzen Vorschrift. Es ist das Wort gude man wohl nicht anders als das biderue man, das 1270 I, 3. VII, 9, 1. XI, 2, 2 (hier kommt auch biderue knape vor) Billw. Landr. 6 sich findet, zu verstehen, und zwar negativ, als unbescholten, als mit jedem andern freien Manne Zeugniß fähig [5]). Daher scheint mir die Lesart der Reinstorpischen Handschrift, 1270 VI, 1, die allein neben guden auch beddernen hat, verworfen werden zu müssen, als eine ganz überflüssige Tautologie. Auch ergiebt sich für die älteste Vorschrift

5) S. auch B. M. Anderson zu 1, 3 in Anderson's Privatr. 1, 27 vgl. 2, 196. Es ist zu erinnern, daß auch Grimm R. A. S. 294 weder für bonus homo noch für Biedermann (biderue man bezeichnet er als eine „niederdeutsche spätere Entstellung") einen speciellen Sprachgebrauch ermittelt hat. Er findet sogar in diesen Ausdrücken nichts Juristisches, sondern allgemein nur den Begriff von fromm, nützlich, tüchtig.

Digitized by Google

über die Rathswahl 1270 I, 3, daß jeder, und zwar damals auch der nichterbgesessene Bürger, der unbescholten war, und nicht Vogt, Münzmeister, Zöllner, Ungeld-Einnehmer, Müller oder Handwerker des Grafen, auch nicht dem Rath einen Herreneid geschworen hatte, zu Rath gewählt werden konnte. Daß der Rath bei uns aus den Vorstehern der Gilde der Kaufleute hervorgegangen [6]), ist eine bloße Conjectur, wie sich denn überall keine andere bei uns bevorzugte Bürgerklasse von der damaligen Zeit nachweisen läßt, als die der Erbgesessenen, und somit das Princip bei uns schon frühzeitig Wurzel gefaßt hat, daß man die wichtigeren öffentlichen Angelegenheiten der Gemeinde vorzugsweise in die Hände Derjenigen legte, welche neben dem Bürgerrechte durch ihren Grundbesitz eine größere und zuverlässigere Garantie für ihr mit dem Gemeinwesen verwebtes Interesse darbot, als der blos des Erwerbs wegen sich hier ansiedelnde Kaufmann oder sonstige Geschäftsmann, welcher, wenn es ihm nicht hier glückte oder gefiel, als Zugvogel bald anderswo sein Heil versuchte. Man muß es vom geschichtlichen Standpunkte aus als eine theoretische Spitzfindigkeit, als eine politische sterile Verirrung betrachten, wenn man in neuester Zeit auch dem Proletariat und der blos handarbeitenden Masse ein Recht hat einräumen wollen, auf die Leitung der Staatsangelegenheiten einen Einfluß auszuüben.

§ 23.

Fortsetzung.

Es ließe sich nun annehmen, daß wenn ein falscher Zeuge nach VII, 14 zu einem ferneren Zeugniß unzulässig erachtet wurde, auch in den Fällen, da ein Zeuge, der durch sein Zeugniß einer Parthei ihr Gut abgeschworen, fälschlich erklärt hätte, Bürger oder erbgesessen zu sein, oder ein unbeeidigtes falsches Zeugniß abgelegt, und nachher den Eid nicht leistet, mehr oder minder dergleichen auf seine Fähigkeit zum Zeugniß einigermaaßen eingewirkt hätte, wenn man auch selbst von jener Zeit nicht annehmen kann, daß sie die Fälle, wo wirklich der Eid abgeleistet gewesen, mit

6) Wie Westphalen nach der Analogie anderer im zwölften und dreizehnten Jahrhundert aufblühender Handelsstädte meint, Verf. und Verw. I, 33.

Digitized by Google

denen, wo dieſes noch nicht geſchehen, auf dieſelbe Linie der Strafwürdigkeit ſollte geſtellt haben. Aber unſere Ermittelungen auf dem Gebiete der Zurechnung ſowohl im Civil- als im Criminalrecht (vergl. meine Vorträge 1, 2) führen uns auf die Vorausſetzung, daß auſſer der Unterſcheidung zwiſchen einem wirklich geleiſteten und nicht geleiſteten Eid, als äuſſerlich hervortretenden Thatſachen auch der Umſtand, daß Jemand falſch gezeugt, allein werde zum Zeugniß unfähig gemacht haben, nicht aber Erklärungen in Nebendingen, wie namentlich über die Eigenſchaften des Zeugen. So iſt es denn auch wirklich noch 1270.

Das Ordel VII, 7 lautet ſo:

> Louet een man deme anderen ſyn recht to donde to deme eeddage, vnde leſtet he den eed to der tyd nicht, vnde heuet he eme ſines gudes vorſaket, he ſchal it eme ghelden; ofte heuet he it eme afgetuget, he ſchal it ghelden, vnde he ſchal geuen uor ſynen broke XII ſchillinge. Wer wil he dat uppe den hilgen holden, dat it eme recht not dede, dat he to deme eeddage nicht ne quam, he ſchal de not benomen, vnde ſchal de not ſweren, vnde ſchal ouer des nageſten rechtes ſyn recht don vnde weſen ledich.

Seine Parallelſtellen ſind 1292 H, 5. 1497 E, 3. Stad. VII, 5 (Puf. I app. p. 209) Rig. 91 (Puf. III app. p. 251) Lub. Hach. III, 332. Lappenberg, der wiederholt [1]) das Lübiſche Recht Hach. II, 223 und Sachſenſp. 2, 11, 1 mit dieſem Ordel zuſammenſtellt, ſcheint mit der alten Ueberſchrift deſſelben den Inhalt nur auf den Fall zu beſchränken, daß eine Parthei ihren Eid zu leiſten unterläßt. Eine ſolche Beſchränkung würde allerdings durch den Gebrauch des Ausdrucks tughen für beſchuldigen, eidlich beſchuldigen, beeidigen [2]) ſich rechtfertigen laſſen. Allein ſonſt läßt ſich das Ordel ſeiner ganzen Faſſung nach, und wenn man die Gloſſe zu 1497 E, 3 vergleicht, wohl nicht ſo verſtehen; ſondern gilt wenigſtens auch von dem Fall eines wirklichen Zeugen, der eine Thatſache geläugnet, oder Jemandem ein Gut abgezeugt hatte, und nun den verſprochenen Eid eines Zeugen nicht leiſtete.

1) Vorr. zu den R. A. S. LVIII u. LXIII.

2) Vergl. meine Vortr. 2, 1, 12.

Digitized by Google

An dieser Auslegung kann uns der Umstand, daß das neueste Statut I, 34, 1 offenbar unser Ordel seiner Vorschrift über eine sogenannte Eidesklage [3]) zum Grunde gelegt hat, nicht hindern, weil wir einer unrichtigen oder unvollständigen Auffassung der alten Ordele im neuesten Statut oft begegnen.

Jedenfalls ist es wichtig, daß das Ordel einen solchen Eidpflichtigen, sei er nun Parthei oder Zeuge, nicht blos zum Schadensersatz, sondern auch zu einer Buße, zu 12 ß Brüchen verurtheilt, jedoch eine weitere nachtheilige Folge für Zeugnißfähigkeit nicht hinzufügt. Nun würde freilich, wenn man erwägt, daß die Bußen oder Emenden, welche uranfänglich das Friedensgeld und das Wehrgeld umfaßten, aus der Friedlosigkeit ursprünglich hervorgegangen sind [4]), in der Verurtheilung zu einer Buße eine Beeinträchtigung der Ehre des Verurtheilten ohne Weiteres angenommen werden können. Allein zu einer solchen Annahme giebt selbst unser ältestes Statut keinen Anhalt mehr. So weit es hier im Vorbeigehen erwähnt werden muß (was zur weiteren Entwickelung in meine Vorträge über Strafen zu verweisen ist), so kannte dies unser älteste Statut schon überall kein Friedens- oder Wehrgeld mehr, man war sich also des Ursprungs der Bußen noch weniger bewußt. War schon ursprünglich nicht immer scharf der Unterschied zwischen Buße und Schadensersatz (in den alten Volksbüchern capitale genannt) auseinandergehalten, so flossen auch zur Zeit unserer ältesten Codification beide Begriffe mehr oder weniger in einander. Wurden Brüche, wie in dem vorliegenden Ordel, ausdrücklich neben dem Schadensersatz angedroht, so war damit noch nicht ausgesprochen, daß jene nicht gewissermaaßen mit diesem zusammen fielen. Wenigstens ist es ein bestimmt ausgesprochener Grundsatz, daß von allen vom Gericht erkannten Brüchen der dritte Theil zuerst dem Kläger, wie 1270 IX, 28 [5]), oder dem sakewolden, wie genereller das Lübische Recht sich aus-

3) Vergl. meine Vortr. 2, 1, 20 ff.

4) Wilda Strafr. d. Germ. S. 314 ff.

5) Ebenso in den Parallelen 1292 M, 21. 1497 M, 20. Stad. VI, 25 (Puf. I app. p. 207) Rig. 130 (Puf. III app. p. 264) Lub. Cod. Hach. III, 379.

Digitized by Google

spricht [6]), zufällt, was sich im dreizehnten Jahrhundert bei uns doch nur aus dem Gesichtspunkt der Entschädigung rechtfertigen läßt. Ueberdies findet sich in keinem unserer alten Ordele eins, wo dem zu Brüchen, Buße oder Wette, welche Ausdrücke vermischt gebraucht werden, Verurtheilten Abbruch dadurch an seiner Ehre geschehen wäre. In einem einzelnen Falle schreibt das Ordel IX, 2, 3 vor, wer drei Pfund wette, und die Strafe nicht bessern, d. h. bezahlen könne, solle in des Waltboten Haus vier Wochen Wasser und Brot für seine Brüche essen, und der Kläger die Kost bezahlen. Dieselbe Bestimmung findet sich im Stader Statut nicht, wohl aber Rig. 105 (Puf. III app. p. 257) Lub. Hach. III, 353. Sie wird in unserem Statut von 1292 M, 23 generalisirt für alle Fälle, wo Jemand brokecht wert oppe III punt; er soll nach dieser Abänderung aber in der hechtnisse [7]) die Wochen absitzen, die Stadt die Kost bezahlen, und nun wird hinzugefügt:

So scal he uaren uth der stat, vnde nicht meir darin komen, he ne hebbe sinen broke ghelegheret.

Aus Lappenberg's Ausgabe S. 144 erfahren wir, daß ursprünglich 1292 M, 2 die alte Vorschrift von 1270 stand, aber ausgestrichen ist. Nichtsdestoweniger ist die Bestimmung M, 23

6) Lub. Cod. Hach. II, 83. III, 167. Vgl. I, 37. S. auch Billwärder Recht 30. Vgl. Cropp Beitr. 2, 2, 346, dem sich aber nicht beipflichten läßt, wenn er meint, ungeachtet die Hamburger Statuten nichts davon enthielten, so sei es doch auch in Hamburg bei allen Criminalstrafen ohne Ausnahme statthaft gewesen, sie mit Geld abzukaufen. Der ganze Geist des Strafrechts, wie wir dasselbe in den Ordelen von 1270 erkennen, widerspricht dieser Hypothese. Es ist von mir in meinen Vorträgen über Strafen nachgewiesen worden, daß dies sich nur da annehmen läßt, wo die Ordele des Ausdrucks mit dem Halse, mit dem Leben bessern sich bedienen, der an das de vita componere, giäldi tha lief der Nordischen Rechte (vgl. Wilda a. a. O. S. 318 Anm. 2) erinnert.

7) Hinsichtlich des Waltbotenhauses finden wir 1292 M, 25 verordnet: Wert ein man to des woltboden hus ghesat, de scal sine cost silue ghelden dhe he dar verdeit, heuet he also uele bouen sine cledere dhe he ancheuet, vnde it witlich is. Mar ne heuet he nicht mer sine cledere, so scal ghelden sine cost deghene, de ene dair insetten leit. Ebenso 1497 M, 12. 1605 4, 63.

Digitized by Google

nicht etwa als ein späterer Zusatz zu 1292 anzusehen, sondern bildet einen integrirenden Theil desselben, vgl. Lappenberg S. 150. Er wird 1497 B, 14 und 1605 4, 64 wiederholt. In einem andern ebenfalls einzelnen Falle, wenn Jemand nämlich en vorsat schlägt [8]), und kein Geld hat, die Brüche dafür zu berichtigen, soll er nach 1270 XI, 2, 3 [9]) zwölf Wochen Wasser und Brot in der Hechtniß in des Waltboten Hause für seine Brüche essen, und die Stadt die Kost bestreiten. Auch hier hat 1292 L, 2, 5. 1497 B, 13. 1605 4, 64 jenen Zusatz von der Stadtmeidung bis zur Bezahlung der Brüche.

Allein in keinem dieser Fälle findet sich eine Andeutung, daß durch diese größere Strenge in Beitreibung der Brüche dem Schuldigen einiger Abbruch an seiner Ehre oder an seinen sonstigen persönlichen Rechten geschehen wäre, wie denn auch die Glosse zu dem Statut von 1497 B, 13 nicht eine Spur dafür enthält. Hatte er die Brüche bezahlt, so war von der Stadtmeidung nicht die Rede mehr, und es läßt sich annehmen, daß Wenige es haben bis zur Hechtniß kommen lassen, und vorher die Sache erledigten. Wenigstens ist aus der früheren Zeit ein Fall der Art nicht auf uns gekommen, wo wegen nicht gezahlter Brüche Jemand verhaftet wäre. Auch ist es bemerkenswerth, daß in keinem der erwähnten Fälle der Ausdruck Verfestung gebraucht worden ist; es würde also gewiß unangemessen sein, die hier erwähnte Stadtmeidung damit zu verwechseln, und die Grundsätze von der Verfestung darauf anzuwenden.

§ 24.

Fortsetzung.

Dem Ordel VII, 7 sind zwei andere von 1270 für unsern Zweck an die Seite zu stellen.

Es heißt I, 17 und 18:

17. So we deme anderen syn gud afstuget vor rechte, vnde vraget men ene ofte he erue hebbe, vnde secht he

8) S. meine Vortr. I, 2, 393 ff., insbesondere S. 401.

9) Diese Vorschrift findet sich auch Stad. X, 2 (Puf. I app. p. 222, wo aber die Haft auf sechs Wochen beschränkt ist) Rig. 142 (Puf. III app. p. 268) und Lub. Cod. Hach. III, 391.

Digitized by Google

vor deme rechte vnde vor deme rade dat he erue hebbe, vnde wert it darna witlik, dat he nen erue ne heuet, so schal he eme syn gud gelden uppe den he tugede, vnde geuen vor sinen broke twelf schillinge.

18. So wor en man vor rechte kumpt vnde tugen schal, vnde vraget me eme ofte he borgher sy, vnde secht he ia, vnde wert it witlik darna, dat he nen borgher ne sy, so schal he dat gud gelden dar he up tugede, vnde schal geuen vor synen broke twelf schillinge [1]).

Beide Ordele stehen auch Stad. I, 13 u. 14 (Puf. I app. p. 175. 176) Rig. 16. 17 (Puf. III app. p. 230) (in Beiden mit für uns hier unerheblichen Varianten) Lub. Cod. Hach. III, 258. 259. Sie werden in unseren beiden späteren Statuten wiederholt 1292 C, 13 und H, 18. 1497 M, 10. 11. Aber da ist es besonders hervorzuheben, daß das Ordel 17, und nur dieses, in den beiden späteren Statuten den Zusatz hat: Se ne schal nummermer tughen, welcher Zusatz zwar von alter Hand (vgl. Lappenberg S. 109), aber offenbar jünger als das Statut von 1292 ist. Wie wenig er indessen zu dem ganzen Geiste der alten Rechtsbestimmung paßte, beweist sich daraus, daß er in dem andern Ordel 18 fehlt, ferner daraus, daß nun mit dem Ordel VII, 14 insofern ein Widerspruch entsteht, als nun ein falscher Zeuge nicht, wohl aber wer fälschlich Bürger zu sein vorgab oder fälschlich Erbgesessenheit vorschützte, Brüche zu bezahlen hat. Man sieht also, es wurde hinsichtlich der Verwerfung der Zeugnißfähigkeit auf einen neuen Fall ein uraltes Princip in Anwendung gebracht, vermuthlich zu einer Zeit, wo der Geist des alten Rechts, aus welchem dies Princip hervorgegangen, bereits verblichen und unverständlich geworden war. Wenn man übrigens die alten Ordele solchergestalt neben einander stellt und mit einander vergleicht, so schiebt sich der Gedanke an eine damalige Einwirkung Römischer Rechtsansichten auch dadurch immer weiter in die Ferne.

1) Beide Ordele sind auch darum merkwürdig, weil sie offenbar aus einer Zeit stammen, wo Extracte über Erbgesessenheit oder Bürgerrecht noch nicht existirt haben, oder mindestens ganz ungewöhnlich gewesen sein müssen. Vgl. meine Vortr. I, 2, 200.

Digitized by Google

§ 25.

Verlust des Eidesrechts.

Es ist von mir (§ 22 im A.) zweifelhaft gemacht worden, ob der Verlust des Rechts, vor Gericht ein Zeugniß ablegen zu dürfen, auch das Recht, überall vor Gericht einen Eid zu leisten, nach sich gezogen habe. Man müßte es annehmen, wenn man die Unterscheidung eines Eides oder Zeugnisses in eigener und in fremder Sache zu subtil und spitzfindig halten muß. Aber es ist merkwürdig, daß kein Ordel sich darüber bestimmt ausspricht, und bestätigt dieser Umstand abermals, wie wenig sich diese Lehre überhaupt damals ausgebildet hatte. Man scheint das Eidesrecht, von welchem ich schon einmal gehandelt habe (Vortr. 2, 1, 2 ff.), als ein altes Nationalrecht auch bei uns viel zu hoch gehalten zu haben, um es dem Bürger abzusprechen, ausser in einem einzigen Falle, auf den ich zurückkommen werde (§ 26). Wir werden uns hier besonders mit einem Ordel beschäftigen müssen, das hier am wichtigsten erscheint, und zu vielfachen Betrachtungen Stoff darbietet [1]).

Es heißt 1270 VI, 12:

§ 1. Dar ne mach neman deme anderen sine eere aftugen, de en vnberopen man synes ruchtes is, vmme jeniger hande [2]) sake, it ne sy deme rade witlik. Anders is he sine eere nager to beholdende uppe den hilgen [3]), denne se em ienich man aftowynnende si, van den, dat hir bynnen wicbelde is geschen.

§ 2. Men ne mach ok duue ofte rof uppe nenen man tugen, de mit der baren schult nicht begrepen en is, is he en unberopen man. Vnde gift men eme schult darvmme, he mach vntgan mit syneme rechte [4]).

---

1) Mehrmals hat Cropp Beitr. 2, 2, 385 ff. 400 ff. sich damit beschäftigt. Vgl. auch Budde S. 151. 153, der Anm. 20 unser Ordel nur in der Form von 1497 zu kennen scheint. S. auch meine Vortr. 2, 1, 11 ff.

2) Vgl. über diesen Ausdruck meine Vortr. 2, 2, 198 Anm. 1.

3) Vgl. meine Vortr. 2, 1, 9.

4) D. h. Eid. Es ist eben in der alten Rechtssprache sehr bezeichnend, daß der Eid als ein Recht betrachtet, und Recht daher

Digitized by Google

Ebenso heißt es Stad. V, 11 (Puf. I app. p. 193) Rig. 67 (Puf. III app. p. 245) Lub. Cod. Hach. III, 307. Eine neuere Handschrift unseres Statuts von 1270 (vgl. darüber Lappenb. Vorr. zu den R. A. S. XCVIII) hat am Schlusse den Zusatz: Is he nen vorulachtich man vnde nicht vorveſtet vnde wo he uppe deme breue nicht en ſta. Ebenso hat in dem Statut von 1292 G, 11 dasſelbe Ordel den Schluß: Jd ne ſi alſo, dat he ein beropen man ſi, oder uerueſt, oder in dheme breue ſta, und 1497 E, 5: Jd en ſy alſo, dat he en beropen man ſy, edder vorveſtet, edder ſyner vndaet halnen beſchreuen vnde angheteſent were.

Vor allen Dingen wird man bei der Erläuterung dieſes merkwürdigen Ordels unterſuchen müſſen, welcher oder überhaupt ob zwiſchen den beiden Theilen deſſelben, die ich hier als Paragraphen bezeichnet habe, ein Unterſchied anzunehmen iſt. Sie ſind ſprachlich durch ein aber (men) von einander getrennt. Hiernach müßte angenommen werden, der Fall, daß Jemandem ſeine Ehre aus irgend einer Urſache abgezeugt werde, ſei ein anderer, als der, da man duue ofte rof auf Jemanden zeugte, und man zeuge ihm ſeine Ehre noch nicht ab, wenn man dies thut. Man kann daher nicht wohl umhin, einen Unterſchied zuzugeben, und dieſer mag darin beſtanden haben, daß man in dem einen Falle Jemanden irgend einer That oder Sache beſchuldigte, die ſeiner Ehre zu nahe trat, in dem andern aber nur zunächſt behauptet hatte, das Gut, was der Beklagte unter ſich habe, ſei geraubt oder geſtohlen, woraus denn noch an ſich nicht folgte, daß man ihn für den Dieb oder Räuber halte, wenn man ihm nicht deſſen ausdrücklich Schuld gab [5]). Freilich wird dieſer letztere Umſtand auch in dem zweiten Falle hervorgehoben, und ſo zerfließen die Unterſchiede wieder in einander. Allein mit einer ſolchen dialektiſchen Schärfe darf man bei der Exegeſe dieſer alten Ordele nicht zu Werke gehen.

---

gradezu für Eid gebraucht wird, ſo wie echteſchup, was ein jedes rechtliches Verhältniß überhaupt bezeichnet, für Ehe als das einzige rechtliche Geſchlechtsverhältniß (§ 39 a. E.).

5) Dieſe Auffaſſung findet in Lub. Cod. Hach. I, 35. II, 77 einen Anhalt.

Digitized by Google

Auch darf es nach meinen Erörterungen über das Recht der Gewalt und Gewehr (Vortr. 2, 1, 75 ff.) nicht mehr befremden, daß in dem zweiten Falle die Beschuldigung ohne Weiteres den Eid des Beschuldigten nach sich zog. Es wurde dieser Eid eben als ein Vorrecht betrachtet, und war derselbe nicht etwa ein letztes Auskunftsmittel, wie in unserem modernen Processe, sondern es bestand eben eine Ehre unserer Vorfahren darin, ohne Weiteres schwören zu dürfen, weil man dies nur durfte, wenn man en vnberopen man synes ruchtes war. Nur die Handhaftigkeit machte hier eine Ausnahme, und schloß auch den unberufenen Mann vom Eidesrechte aus.[6]).

Wenn Lappenberg[7]) beide Fälle vom Abzeugen der Ehre nimmt, indem er es unserem Stadtrechte nachrühmt, kein anderes habe es so deutlich ausgesprochen, daß nur unberufene Leute die Ehre abzeugen könnten: so muß hier wiederum auf den doppelten Gebrauch des Wortes ingben hingewiesen werden. Es läßt sich unser Ordel nicht auf den Fall beschränken, daß Jemand mit Zeugen einem unberufenen Manne dessen Ehre streitig macht, sondern es begreift auch den Fall, da der Ankläger Jemanden an seine Ehre spricht (vgl. oben § 23).

Bemerkenswerth ist noch der Umstand, daß das Ordel das Eidesrecht auf die Vorfälle zu beschränken scheint, die binnen des Weichbildes der Stadt geschehen sind. Man müßte hieraus folgern, daß Jemand bei ehrenrührigen Angriffen nicht zum Schwure befugt gewesen sei, wenn der Vorfall sich ausserhalb der Stadt zugetragen. Will man hier nicht die Wirkung der ungeregelten Competenzbegriffe unserer Vorfahren (s. darüber meine Vortr. 1, 2, 216. 2, 1, 62 ff.) erkennen, so bleibt diese Restriction räthselhaft. Nach unseren heutigen Rechtsansichten sollte man viel eher annehmen, es müßte dem wegen eines Verbrechens im Auslande hier Angeschuldigten um der Schwierigkeit seines Unschuldsbeweises willen derselbe durch Zulassung zum Eide grade hier viel eher erleichtert worden sein, als bei hierselbst verübten Verbrechen.

---

6) Vergl. meine Vortr. 1, 2, 404 ff.

7) Vorr. zu den R. A. S. LXIX.

Digitized by Google

Die Art und Weise, wie Herr Doctor Harder in seiner Kritik dieser Vorträge Bd. 2 H. 1, in den kritischen Jahrbüchern 1847 October S. 932, jene Beschränkung des Eidesrechts zu erklären sucht, scheint mir nicht befriedigend. Denn das eine Argument, weil der Weichbildsgenosse nur für die durch das Weichbild vereinigte Gemeinde die zum Eide erforderliche Glaubwürdigkeit gehabt habe, dürfte theils einen Zirkelschluß enthalten, indem es sich eben fragt, warum nur er sollte glaubwürdig gewesen sein, theils aber sich mit der großen Begünstigung der Gäste (§ 11 ff.) schwerlich vereinigen lassen, theils endlich schon darum ungenügend erscheinen, weil das Eidesrecht nicht besondere Eigenschaften voraussetzte, sondern durchweg als Regel erschien, deren Ausnahmen besonders nachzuweisen waren. Ueberhaupt beschränkt unser Ordel das Eidesrecht nicht auf die Person, sondern auf das Ereigniß selbst, das sich binnen des Weichbildes zutrug. Jenes Argument läßt es ungerechtfertigt, warum der unberufene Gemeindegenosse nicht für Vorfälle ausserhalb des Weichbildes eidesberechtigt sollte gewesen sein. Nun fügt der geehrte Beurtheiler freilich noch das zweite Argument hinzu, weil von den Vorfällen innerhalb des Weichbildes das Gericht, der Rath oder die Gemeinde leichter Kunde erhalten, als von den Ereignissen ausserhalb desselben. Allein hier wird angenommen, was sich nicht zugeben läßt, daß nämlich abseiten des Gerichts vor Zulassung des Angeschuldigten zum Eide erst eine Untersuchung des Vorfalls vorhergegangen wäre. Das Eidesrecht war ja an sich persönlich, und ausser dem Falle der Handhaftigkeit, der ja auch bei Verbrechen ausserhalb des Weichbildes vorkommen konnte, von den Eigenschaften des Vorfalls selbst unabhängig, so daß die Kunde des Gerichts über diesen Vorfall gar nicht in Betracht kam. Dies führt allerdings auf eine Untersuchung der Worte it ne sy deme rade witlik, auf welche wir erst weiterhin kommen werden.

§ 26.

Fortsetzung.

Am wichtigsten und schwierigsten bleibt nämlich bei der Exegese des Ordels die Beantwortung der Frage, was versteht es unter Berufenheit, wobei denn eben zu erörtern ist, was man hier als dem Rath wissentlich anzunehmen hat.

Digitized by Google

Budde (a. a. O. S. 151) meint, unberopen diene zur Bezeichnung tadelfreier Zeugen. Wäre diese Ansicht richtig, so würde unser Ordel einfach den Satz aussprechen, wer ein tadelfreier Zeuge, sei eidesberechtigt gewesen. Allein abgesehen davon, daß der Ausdruck an sich einen so beschränkenden Sprachgebrauch gar nicht rechtfertigt, so zeigen auch die Beweisstellen des Lübischen Rechts, auf welche Budde sich allein beruft, um seine Ansicht zu beweisen, II, 110 und 112, und mit denen Cod. Lub. Hach. I, 48. 68. III, 11. 178 zu vergleichen sind, höchstens nur, daß, wer beropen ist, nicht zeugen kann; keineswegs folgt aus ihnen, daß nur der Berufene und sonst Niemand unfähig zum Zeugniß, viel weniger aber, daß ein unberufener und ein tadelfreier Zeuge identische Begriffe oder gar dies in der Art gewesen, daß der Unberufene nur das Zeugnißrecht gehabt. Eine genauere Vergleichung der erwähnten Stellen des Lübischen Rechts[1]), so weit sie verständlich sind[2]), ergiebt für die vorliegende Frage nur die Rechtsbestimmung als ein zuverlässiges Resultat, daß der Sendfriede, Gerichtsfriede, welcher Gottesfriede hieß[3]), so wie blaue Flecke und blutige Wunden von einem Jeden bezeugt werden können, der unberufen, oder, wie andere Handschriften lesen, unberüchtigt, oder, wie die Lateinische Bearbeitung des Lübischen Rechts sagt, inculpatus, nicht notatus war. Soweit beweisen die Lübischen Stellen nur, was auch aus unserem Ordel folgt, daß der so bezeichnete Mann nicht zeugnißfähig war, beantworten aber hingegen ebenso wenig, als unser Ordel die Frage, wer denn als berufen, berüchtigt, culpatus, notatus bezeichnet werden konnte?

Cropp (Beitr. 2, 2, 386 ff.) versteht die Worte it ne sy deme rade witlik von dem einzelnen Falle, daß der Angeschuldigte

1) Budde nimmt an, wenn Cod. III, 178 gesagt werde, die Zeugen würden verworfen, nachdem sie genannt sind, so sei dies durch Misverständniß hineingerathen, und solle heißen, weil sie berufen (notati) sind. Das scheint mir bedenklich ohne Weiteres anzunehmen. Aus dem von mir (§ 21) skizzirten alten Verfahren bei Zeugenbeweisen erklärt sich der Ausdruck ganz einfach.

2) Namentlich sind mir Lub. II, 110 die Worte sunder de wenede vnde vriheit unverständlich. Es tragen die Parallelstellen so wenig als die Varianten zu ihrer Erläuterung bei.

3) Ueber diese verschiedenen Frieden findet sich bekanntlich eine vortreffliche Ausführung in Wilda's Strafr. der Germanen.

Digitized by Google

dasselbe Vergehen, deswegen er jetzt angeklagt wird, bereits früher vor dem Rathe eingestanden, und die desfallsige Strafe damals abgekauft, oder höchstens der Rath damals sonst die einbekannte That ungeahndet gelassen hatte. Insofern trifft Cropp's Ansicht mit derjenigen Harder's (s. § 25 a. E.) überein, daß Beide jene Worte auf den Vorfall beschränken, weswegen dem Angeklagten diesmal seine Ehre abgezeugt werden soll. Zu dieser Beschränkung läßt sich aber weder ein allgemeiner noch ein in der Stelle selbst sich findender Anhalt ermitteln. Im Allgemeinen nämlich würde es doch ein wunderliches Recht sein, das einen Mann nur dann nicht zum Eide fähig ansähe, wenn der Rath zwar sonst solche Handlungen oder Verhältnisse amtlich kannte, welche ihn des Eidesrechts beraubten, nichts aber zufällig von dem besondern Falle wußte, dessen er diesmal angeklagt war. Ja man müßte dann sagen, es habe die Unberufenheit in diesem Sinne dem Umstande widersprochen, den das Ordel ja grade ausdrücklich hervorhebt, daß nämlich dem Rath von seiner Berufenheit hinsichtlich des fraglichen Falles amtliche Wissenschaft beigewohnt habe. Auch sonst bietet das Ordel selbst keinen Grund zu dieser Restriction. Das id ne sy kann grammatikalisch ebensowohl auf die sake als auf das unberopen bezogen werden. Im Gegentheil der Zusatz, welchen sowohl die eine Handschrift des Statuts von 1270 als auch die Statute von 1292, 1497 und 1605 1, 34, 9 haben (vgl. § 25 im A.) führen insgesammt auf die Annahme anderer Vorfälle, aus denen dem Manne Verlust seines Eidesrechtes nachzuweisen war.

Diese Widerlegung der verschiedenen bisherigen Interpretations-Versuche führen uns von selbst dahin, das unberopen synes rachtes etwas genauer ins Auge zu fassen. Dies scheint Hach gethan zu haben, indem er zweimal, nämlich sowohl zu der Stelle Lub. II, 110 als auch III, 11 auf Lub. III, 257, (S. 302 und 383) hinweist, d. h. auf unser Ordel von 1270 I, 16, wo von unbesessenen Leuten gesagt wird, es sei ihnen erlaubt, Schläge und Fechten, und auf Brüche, die bis drei Pfund gehen, weiter aber nicht zu bezeugen vgl. VII, 10. XI, 3. Ebenso bringt Lappenberg Vorr. S. LXII das Ordel I, 16 mit Lub. I, 68 und II, 110 in Verbindung, und will damit eine Verwandtschaft zwischen beiden Rechten nachweisen. Eine solche

Digitized by Google

Zusammenstellung setzt aber voraus, es habe die Unberufenheit sich in der Art zur Erbgesessenheit verhalten, daß wer im Ordel VI, 12 als unberufen bezeichnet worden, anderswo nicht erbgesessen genannt, und somit das Kriterium gewesen sei, welches dann hervorgetreten, wenn Jemand nicht erbgesessen gewesen. Wenn ich aber anders den Sinn dieser Combination richtig gefunden habe, so scheint mir diese Auslegung des unberopen gar zu künstlich, und wiederum durch unser Ordel selbst, das von der Erbgesessenheit nicht die entfernteste Andeutung enthält, nicht gerechtfertigt.

Am natürlichsten und einfachsten scheint es mir zu sein, die Unberufenheit aus dem mehrerwähnten Zusatz (§ 25 im A.) selbst zu erläutern, und es bleibt wohl nichts Anderes übrig, da auch die Glosse zu 1497 E, 5 uns hier gänzlich im Stiche läßt.

Nun habe ich früher (Vortr. 1, 2, 424) diesen Zusatz so verstanden, als wenn die Berufenheit grade eben nur darin wäre gefunden worden, daß Jemand verfestet oder seiner Unthat wegen beschrieben und angezeichnet gewesen. Ich war damals der Meinung, daß diese beiden Momente Kennzeichen der Berufenheit selbst, und nicht, wie Cropp S. 401 den Zusatz ausgelegt hatte, Umstände neben dem üblen Rufe gewesen. Ein weiteres Studium hat mich jetzt davon überzeugt, daß ich darin den Zusatz und das alte Recht überhaupt misverstanden habe. Sowohl die eine Handschrift von 1270, als auch die Statute von 1292, 1497 und 1605 trennen durch ein oder ganz entschieden den Fall der Berufenheit von den andern beiden Fällen. Auch würde in meiner früheren Auffassung eine zu weit getriebene Verwechselung der Ehrlosigkeit und Friedlosigkeit liegen, die sich nicht wohl erklären ließe, wenn man auch zugeben muß, daß bei unseren Vorfahren der strenge alte Begriff von Friedlosigkeit einerseits im dreizehnten Jahrhunderte nicht mehr sich erhalten hatte, andrerseits die Begriffe von Ehre nicht rechtlich bestimmt genug gewesen sein mögen. Denn jedenfalls blieb selbst dann noch zwischen Ehrlosigkeit und Friedlosigkeit eine weite Kluft. Daß Friedlosigkeit, oder was damit übereintraf, Echtlosigkeit, die Wirkung der Verfestung gewesen und zu allen Zeiten geblieben ist, darüber läßt sich nicht streiten.

Wir kommen somit zu dem Resultat, daß die Berufenheit, welche unser Ordel meint, von der Friedlosigkeit unterschieden

Digitized by Google

war, daß sie ferner dem Rath auch nicht bekannt gewesen sein kann, vielmehr daß es zweierlei Arten von Berufenheit gegeben haben muß, von denen nur die dem Rath bekannte dem wegen Diebstahls oder Raubes, oder sonst an seiner Ehre Angegriffenen das Eidesrecht entzog. Wir können aber an der Richtigkeit dieses exegetischen Ergebnisses um so weniger zweifeln, da wir auch sonst wissen, daß nicht blos die Verurtheilung wegen, sondern schon an sich die Begehung gewisser Verbrechen nachtheilige Folgen für die Ehre bei unseren Vorfahren nach sich zog, und daß namentlich darum gewisse Verbrechen Friedbrüche genannt worden sind, weil sie den Bruch des Friedens und damit Friedlosigkeit schon in sich enthielten [4]).

§ 27.

Weitere Entwickelung des Begriffs der Berufenheit.

Nach unseren heutigen Ansichten würde es uns freilich von vorn herein befremdlich vorkommen müssen, daß Jemand berufen, und doch eidesfähig, daß andrerseits er nur dann des Eidesrechts verlustig ging, wenn dem Rathe seine Berufenheit bekannt war. Allein es darf niemals hier der schon oft hervorgehobene [1]) alte Rechtsatz unseres ursprünglichen Volksrechts ausser Acht gelassen werden, wonach nur zunächst was in der alten Volksversammlung, an der Mahlstäte, später vor dem Volksgerichte vorgegangen war, eine rechtliche Wirkung, besonders eine solche hatte, die sich auf Befugnisse im Gerichte selbst erstreckte. Der alte Rechtsatz ward bei uns auf die Verhandlungen vor dem Rathe erweitert, und darin muß unstreitig Cropp [2]) beigepflichtet werden, daß die Clausel it ne sy deme rade witlik nicht von ausseramtlicher Kenntniß der Rathsmitglieder, sondern von derjenigen zu verstehen ist, die der Rath sich aus Verhandlungen vor ihm erworben hatte.

Nichtsdestoweniger bleibt es eine eigenthümliche Rechtsansicht, daß nur die Berufenheit, die der Rath aus solchen Verhandlungen kannte, auf das Eidesrecht einen Einfluß gehabt hat, und daß Jemand beropen sines ruchtes und doch eidesberechtigt gewesen sein kann. Zwar scheint der zweite Fall unseres Ordels allgemein

4) Vgl. u. A. ausser Wilda a. a. O. Budde S. 69.
1) Vgl. meine Vortr. 1, 2, 350 ff. 422 ff.
2) A. a. O. S. 386.

Digitized by Google

die Berufenheit schon an sich als das Eidesrecht ausschließend zu bezeichnen, allein der Zusammenhang des Ordels gestattet eine solche Auslegung nicht, und es kann auch im zweiten Falle nur diejenige Berufenheit gemeint sein, welche dem Rathe bekannt war. So gut wie eine Schadensklage durch den Eid abgewehrt werden konnte, wenn der Schaden nicht aus der Gerichtsverhandlung sich ergab (vgl. § 22 Anm. 1): ebenso konnte Jeder sich gegen eine Anklage, die seine Ehre betraf, durch seinen Eid schützen, wenn seine Berufenheit nicht gerichtskundig war. Es war auch hier das Criminalgebiet von der Civilsphäre nicht weiter abgesondert (vgl. meine Vortr. 1, 2, 346. 459. 2, 1, 21. 64).

So entsteht denn aber die Frage, was waren denn das für Umstände, wegen welcher Jemand als beropen sines ruchtes bezeichnet werden konnte?

Während unsere früheren Statute sich mit dem Ausdruck beropen, oder nach den Varianten in Handschriften unseres oder des Lübischen Rechtes, berüchtigt begnügen, fügt unser neuestes Statut 1, 34, 9 das Prädicat leichtfertig hinzu. Viel ist nun aber wohl auch damit nicht gewonnen. Will man auf das Sächsische Landrecht recurriren [3]), und die dort nach der Theorie Eyke's von Repkow als geborne oder gewordene Rechtlose oder gar die im vermehrten Sachsenspiegel befindliche Fortsetzung dieser Liste [4]) hierher und auf unsere städtischen Verhältnisse im dreizehnten Jahrhundert anwenden: so bieten unsere Ordele von 1270 allerlei Hindernisse, welche dieser Anwendung sich in den Weg stellen. Ausserehelliche (unecht geborn) werden vom Sachsenspiegel als rechtlos bezeichnet. Aber ihnen bei uns das Eidesrecht zu verweigern, wenn sie Bürger oder gar hier erbgesessen waren, ja wenn sie Beides nicht, sondern auch nur im Dienste von Bürgern, oder nur sonst gute Leute waren — ein wenigstens bei uns (vgl. § 22 Anm. 5) ziemlich weiter Begriff: dazu findet sich in unseren alten Statuten von 1270 gar kein Anhaltspunkt. Man kann im Gegentheil sagen, daß IX, 1 und XII, 13 entschieden im Wege stehen, indem Niemand Jemanden einen boren sone vor Gericht oder auf den Markt nennen durfte, eine solche

3) Vgl. Budde S. 48 ff.
4) S. Budde S. 64 ff.

Digitized by Google

Beschuldigung vielmehr mit der von Verbrechen und mit Ohrfeigen vor Gericht oder auf dem Markte gleich strafbar angesehen wurde. Noch weniger sind Kämpfer [5]) bei uns mit dem Sachsenspiegel als rechtlos oder als beropen zu betrachten. Zwar wird in dem interessanten, schon mehrmals [6]) betrachteten Ordel XI, 2, 1 und 2 dem Schläger und Fechter der bederue man ofte bederue knape entgegengesetzt, aber nur sofern jener weldelike broke giebt, und werden Beide nicht weiter von einander unterschieden, als daß der Schläger und Fechter sine unlle bote geuen soll, womit, wie wir (§ 23) gesehen haben, bei uns eine Beeinträchtigung der Ehre selbst dann nicht einmal verbunden war, wenn der Verurtheilte nicht das Geld hatte, die Buße oder die Brüche zu erlegen.

Nicht einmal wenn Jemand vor Gericht eines Verbrechens oder sonstiger ehrenrühriger Verhältnisse angeschuldigt war, konnte dies ihn bei uns beropen machen, nachdem er seinen Eid geleistet hatte. Im Lübischen Rechte III, 146 [7]) heißt es ausdrücklich,

---

5) Vgl. Budde S. 53 ff.

6) Vgl. Vortr. I, 2, 399 ff.

7) Es ist dies dieselbe Vorschrift, welche in dem Segeberger Manuscript sich Art. 122 findet, und dort einen Zusatz hat, wonach ein Mann, der des Raubes oder des Diebstahls beschuldigt wird, ohne Handhaftigkeit, und ein quadt ruchte hefft, auf drei Pfund gepeinigt werden kann, was Cropp a. a. O. 2, 2, 404 von der ältesten Spur der Folter versteht. Aber theils gehört dann gewiß die Stelle in das sechszehnte Jahrhundert vgl. meine Vortr. I, 1, 8. 9, theils kann auch pynigen blos strafen heißen, so wie bei uns 1270 IX, 13. X, 1, und wäre dann synonym mit bessern, was vorzugsweise gebraucht wird, wenn die Strafe mit Geld gebüßt werden kann. S. meine noch ungedruckten Vortr. über Strafen. Der spätere Ursprung der Vorschrift geht auch aus der Wendung sik des vntschuldigen mit syner eghenen hant up den hilgen hervor, welche auf die Beschaffenheit eines wirklichen Reinigungseides hinweist, und eine beim Eidesrecht ungewöhnliche neuere Wendung ist. Vgl. meine Vortr. 2, 1, 9 und 14 ff. Endlich kann man den Umstand hier auch vielleicht geltend machen, daß die Vorschrift, die sich nur in denjenigen Handschriften des Lübischen Rechts, denen das Hamburgische beigefügt ist, findet, am Schlusse die Buße des ungerechten Beschuldigers auf 60 Schillinge, und nicht, wie III, 402 (unser Hamb. 1270 XII, 10) auf drei Pfund angiebt.

Digitized by Google

falls Jemand sich durch einen Eid von der ungerechten Beschuldigung eines Raubes oder Diebstahls befreiet hat, und will es, so steht es ihm frei, den Beschuldiger darüber zur Verantwortung zu ziehen, und dieser muß es dann mit 60 Schillingen bessern, wovon der Stadt ein Drittheil und deme sakewolden ein Drittheil zukommt. Man würde dieses Verfahren nicht von dem Willen in dieser Hinsicht abhängig gestellt haben, wenn die Beschuldigung an sich die Berufenheit herbeigeführt hätte. Es wäre vielmehr dann gewiß seine Pflicht gewesen, allemal auf die Bestrafung des Beschuldigers anzutragen. Denn der Angriff auf seine Ehre hatte doch allemal Statt gefunden, wenn er sich auch durch einen Eid gewehrt und ihn abgewandt hatte. Unser Statut 1270 XII, 10 spricht es dagegen entschieden aus, daß wer den Andern wegen Duve, Raub, Mord oder Sachen, die ihm an das Leben oder an die Gesundheit gehen, anspricht, und niederfällig wird (unterliegt), dies mit drei Pfund bessern solle, vgl. 1292 P, 10. 1497 O, 1. Stad. XI, 9 (Puf. I app. p. 227) Rig. 153 (Puf. III app. p. 271) Lub. Hach. III, 402. Vgl. meine Vortr. 1, 2, 426. Cropp Beitr. 2, 2, 395.

Ebenso wenig haben im dreizehnten Jahrhundert sonstige Angriffe auf die Ehre einen solchen Einfluß gehabt, daß der Mann dadurch berufen geworden wäre. Auch hier kann es nicht in meinem Plane liegen, die Lehre von den altgermanischen Ehrverletzungen zu erschöpfen. Im Allgemeinen beziehe ich mich bis auf Weiteres auf meine Vortr. 1, 2, 421 ff. Besonders ehrenrührig wurde eine Aeusserung angesehen, die auf dem Rathhause vor dem Rathe geschah, vielleicht sofern dieser als Vertreter der alten Volksversammlung betrachtet wurde. Wer hier den Andern Dieb, Mörder, Mordbrenner, Räuber, Fälscher, Meineidiger, Hurensohn ofte iennighe sake dergelyk hieß [8]) soll es mit enen vorsate mit zwölf Mark Pfenningen bessern, ohne daß hier das Begnadigungsrecht des Rathes eintreten konnte [9]). Mit drei Mark

8) Eines Verbrechens beschuldigen und Jemanden einen Verbrecher nennen, ist unverkennbar schon damals von einander unterschieden worden vgl. Lub. Cod. Hach. I, 35. 36. II, 77. 78.

9) Daß dies der Sinn der Formel vnde des en schal man eme nicht laten ist, darüber vergl. Vortr. 1, 2, 426 Anm. 2. Insofern ist

Digitized by Google

Silber wird es bestraft, wenn man vor Gericht Jemanden an die Ohren schlägt, oder ihn Hurensohn oder Lügen heißt, so daß es Vogt, Rath und Dingleute hören, was, auf dem Markte geschehen, mit drei Pfund, aber wie es scheint, unnachsichtlich bestraft wird, 1270 IX, 1, 1. Schläge ohne Blut und Blau und Verachtung mit bösen Worten, die nicht diese Oeffentlichkeit haben, werden mit 12 ß gebessert, IX, 2, 2, doch nur wenn man es vor Gericht einräumt, sonst braucht es desfalls nicht zum Eide zu kommen, IX, 16.

Auf die Ehre scheint es ohne Einfluß gewesen zu sein, wenn man seinem Dinge nicht Recht that, III, 7, oder seine Ehefrau übel behandelte, III, 8, das Gesellschaftsgut in Unkeuschheit durchbrachte oder verspielte, III, 16, falsches Gut in seinem Schiffe verkaufte, VI, 27, 2, Gut Jemandem abzeugte, wenn man nur keinen Eid desfalls geleistet hatte, VII, 7. Wenigstens wird in allen diesen Fällen des Ehrenpunktes nicht gedacht. Ebensowenig ist die Ehre dabei betheiligt, wenn Jemand unrecht Gut, was Cropp Beitr. 2, 2, 279 gradezu von gestohlenem oder unterschlagenem Gute versteht [10]) restituiren will, und dies darf man sogar von Erbgut thun, 1270 IV, 3. Cropp findet das Princip auch im Sachsensp. 1, 52, 3, was hier unerörtert bleiben mag; aber wenn er sich hier auch auf Lübisches Recht beruft, so ist zu erinnern, daß die erste Stelle, die er allegirt, Cod. Hach. III, 283 aus den Lübischen Handschriften, welche das Hamburgische Recht aufgenommen haben, entlehnt, und nichts als unser Ordel IV, 3

---

sie dem Zusatz to der Stad kore entgegengesetzt, wenigstens wie Lapp. Vorr. zu den R. A. I, LII. LIII diesen versteht. Wenn das Ordel XII, 13 auch in zwei guten Handschriften fehlt, vgl. Lapp. S. 71, so nehme ich doch keinen Anstand, es für sehr alt zu erklären. Viel genereller lautet es Cod. Lub. Hach. I, 36. II, 78. III, 147, doch scheint es mir sehr bedenklich, diese Vorschriften so allgemein selbst von solchen Aeusserungen zu verstehen, die nicht vor Gericht oder auf dem Markte geschehen oder mindestens bestätigt sind.

10) Wäre diese Meinung richtig, so würde man unbedenklich bei der Allgemeinheit des Ausdrucks vnrecht gud die Vorschrift auf alle Verbrechen ausdehnen können. Es fragt sich aber sehr, ob überall der Ausdruck von demjenigen Gut zu verstehen ist, welches man durch Verbrechen erwarb.

Digitized by Google

ist. Wenn er meint, in dem übrigen, von ihm als das älteste bezeichneten Lübischen Recht dasselbe Princip insofern zu finden, als dasselbe sich sehr klar darüber aussprechen soll, daß das Erbgut recht eigentlich zur Erhaltung von Leben, Freiheit und Ehre der Familienglieder bestimmt war: so kann dieser Argumentation keineswegs beigepflichtet werden. Die Stelle, auf die er sich desfalls beruft, ist in der Lateinischen Recension des Lübischen Rechts Cod. Hach. I, 15 enthalten, und findet sich ebenfalls Cod. II, 18. III, 6, spricht aber weder von der Ehre noch von der Familie überhaupt, sondern nur von den Nothfällen, wo der Ehemann seines Weibes Erbe versetzen oder verkaufen darf, und rechnet zu diesen Nothfällen, Gefangenschaft, Hunger (famis) [11]) oder wenn er wegen Geldschuld zu Eigen gegeben werden soll. Es ist somit dort der Grundsatz ausgesprochen, der auch in andern Stellen anerkannt wird, und dessen wir (§ 17) bei der Betrachtung des hohen Werths Germanischer Freiheit gedacht haben. Das ist aber wohl eben das Eigenthümliche in diesen alten Bestimmungen, daß neben der Freiheit der Ehre nicht derselbe Rang eingeräumt wird, und man wenigstens keinen Nothstand gekannt hat, wo nur das Gut der Ehre in Gefahr war, und wo mit Geld dasselbe geschützt wäre. Vielmehr mag die Selbsthülfe sich in Fällen bedrängter Ehre geltend gemacht haben, woraus denn eben die heutige Volksansicht vom Duell hervorgegangen sein dürfte.

§ 28.

Frauenehre.

Da aber von Selbsthülfe oder Gewaltrecht bei Vertheidigung der Ehre des weiblichen Geschlechts nicht wohl die Rede sein kann, indem dem hier in Rede stehenden Zeitalter die moderne Emancipations-Theorie fremd war (§ 6): so ist jetzt über die alten Begriffe von Frauenehre Einiges zusammenzustellen, welche von der des männlichen Geschlechts durchaus abwichen. Wenn eine Ehefrau sich vordorperet hatte, vnde it deme rade witlik were, so ward dem Manne ausdrücklich die Befugniß zugelegt (so steit dat in deme manne), ihr zu geben, was er will, und ihren An-

11) Vielleicht hat Cropp für famis fama gelesen, weil sonst es unbegreiflich ist, wie er hier die Ehre erwähnt finden konnte.

Digitized by Google

theil an dem Nachlasse nach seinem Tode zu entziehen, 1270 VI, 7. 1292 E, 16. 1497 J, 18. Es ist bei dieser Vorschrift, die in den Parallalstellen der verwandten Stadtrechte (vgl. meine Vortr. 2, 2, 311 oben) ebenfalls vorkommt, theils bemerkenswerth, daß 1605 3, 3, 11 sie zwar bestätigt, aber dahin näher festgestellt ist, daß der Frau ziemliche, d. h. geziemende, angemessene Alimente keines Falles entzogen werden können [1]), theils daß über den ehebrecherischen Ehemann die alten Statute keine ähnliche Bestimmung enthalten, sondern nur Strafen für denjenigen Mann, der mit der Ehefrau des Andern Ehebruch verübt, vgl. 1270 X, 5 [1292 N, 5. 1497 O, 12. Stad. IX, 5 (Puf. I app. p. 220) Rig. 137 (Puf. III app. p. 266) Lub. Hach. III, 386 Verd. 142 (Puf. I app. p. 123) Brem. Stad. d. 1303 ord. 102 (p. Oelr. 127) d. 1428 IV, 28 (p. Oelr. 392) d. 1433 Stat. 54 (p. Oelr. 474)] Lub. Hach. I, 43. II, 8. III, 95, vgl. Lappenberg Vorr. S. XLVIII ff., welche Strafen sich aber auf Geldbußen beschränken. Auch die unverehelichte Frauensperson, welche sich entführen läßt, mit ereme willen vnde naket sunder cleet, wird weiter nicht bestraft, als daß sie schal nen deel hebben an erer olderen vnde an erer vrunde gude, se ne willent er mit willen geuen, 1270 X, 4 vgl. 1492 N, 4. 1497 O, 11. Stad. IX, 4. (Puf. I app. p. 220) Rig. 136 (Puf. III app. p. 266) Lub. Hach. III, 385 (vgl. unten § 36). Um aber Geschlechtsverirrungen vorzubeugen, oder sie zu ahnden, werden der stad wechtere vnde denere durch Bestimmungen, die dem Statut von 1292 M, 29. 30 von späterer Hand beigefügt, 1497 M, 18. 19 wiederholt, und noch 1605 IV, 30 beibehalten sind, mit besonderen Vollmachten versehen. Hier wird denn auch angedroht, daß bei handhafter That men schal de in de hechte setten, vnde schollen elk deme rechten wedden sostich mark, edder men schal se up den kack setten, wobei wir denn aus der Glosse zu 1497 M, 19 erfahren, daß man damals die Worte im 1497 O, 11 vom Ehebrecher, den schal men togen to rechte, von dem Setzen auf den Kaak verstanden, was mir keineswegs einleuchtet, da vielmehr der Gegensatz daselbst von der aussergerichtlichen oder gerichtlichen Erledigung der zu zahlenden Brüche genommen werden kann, und dann eine

1) Vgl. Gries 2, 301.

Digitized by Google

besondere Rücksicht gegen die bisher unbescholtene Jungfrauenehre hervortritt, der wir auch sonst begegnen, so wie Injurienbrüche sich damals schon unstreitig nach der Persönlichkeit der Partheien richteten, vgl. Lub. Cod. Hach. III, 155.

So wird ein leichtfertiges Frauenzimmer, das einer ehrlichen Jungfrau, Wittwe oder Ehefrau mit unzüchtigen Worten gegen ihre Ehre und gutes Gerücht spricht, mit einer ganz besonders raffinirten, öffentlichen Beschimpfung bestraft, 1292 M, 27. 1497 M, 2, welche nur noch im Dortmunder Recht vorkommt (vgl. Lappenb. Vorr. S. LIII), und bei uns wirklich in Ausübung gekommen ist (Anderson S. 323). Die Glosse zu 1497 M, 2 sagt uns, es habe auch der Mann, der Frauen an ihre Ehre gesprochen, auf den Block steigen müssen. Hier sagte ein richtiger Takt, daß weibliche Geschlechtsehre viel empfindlicher ist als männliche, welcher Gesichtspunkt auch die Vorschriften im Lübischen Rechte Cod. Hach. II, 12. III, 154 erklärt. Auch kann der Umstand, der Lub. III, 155 erwähnt wird, dazu veranlaßt haben, weil man nach der Ansicht jener Zeit meinte, Frauen und Jungfrauen wären weniger vorsichtig mit ihren Zungen, als das männliche Geschlecht. Charakteristisch für jene Vorzeit ist auch die Vorschrift 1292 M, 28. 1497 M, 17 vmme weienheid vnde vnderscheed to hebbende twischen eerliken vnde unerliken wandelbaren frouwen hinsichtlich ihres Putzes, welche Vorschrift offenbar viel jünger ist als 1292, auch deshalb diesem Statut von späterer Hand erst sich beigeschrieben findet, vgl. Lappenb. S. 151.

§ 29.

Das Ordel von 1270 IX, 22.

Nur von den Ansichten unserer Vorfahren über Ehre scheint eine Vorschrift eine festere Bestimmung zu gewinnen, von der es besonders auffallend ist, daß sie in allen verwandten Statuten ohne Ausnahme sich ebenso, wie auch in unseren neueren bis 1497, mit 1270 übereinstimmend eingeschärft findet. Wer nach diesem Ordel von 1270 IX, 22 zwei Scheffel oder Werder hat, den einen zu klein, den andern zu groß, und dabei ertappt wird, daß er mit dem großen einmißt und mit dem kleinen ausmißt, der is en recht deef. Gleichlautend 1292 M, 18. 1497 O, 15. Stad. VI, 19 (Puf. I app. p. 205. 206) Rig. 124

Digitized by Google

(Puf. III app. p. 263) Lub. Cod. Hach. I, 373, Verd. 116 (Puf. I app. p. 114) Brem. d. a. 1303 ord. 113 (p. Oelr. 133) d. 1428 I, 21 (p. Oelr. 333) d. 1433 Stat. 87 (p. Oelr. 488). Lappenberg, der zwischen dieser Vorschrift und der ebenfalls von falschem Maaß handelnden Lübischen Cod. Hach. I, 45. II, 131. III, 188 eine wörtliche Uebereinstimmung gefunden haben will S. LX Vorr., muß nothwendig die Bestimmung, die uns hier beschäftigt, und grade in dieser Lübischen fehlt, übersehen haben. Da eine Strafandrohung nicht hinzugefügt ist, so kann der Zusatz, daß der Mann ein rechter Dieb sei, nur auf seine Ehre einen Einfluß gehabt haben [1]), und somit scheint hier die einzige Stelle vorzuliegen, wo eine Berufenheit im Sinne des Ordels VI, 12 sich annehmen läßt, falls man diese von der Recht- oder Friedlosigkeit unterscheidet.

§ 30.

Friedlosigkeit.

Wir ersehen aus den bereits (§ 25) erwähnten Schlußworten des Ordels von 1270 VI, 12 in den Redaktionen von 1292 und 1497, daß neben die Berufenheit ein anderes Verhältniß gestellt ward, ohne dasselbe so scharf, wie im Sachsenspiegel und anderen Rechten, von jener zu unterscheiden. Was hier als Verfestung bezeichnet wird, weist darauf hin, daß zur Zeit unserer ältesten Ordele selbst die Auffassung gewisser Verbrechen als Friedensbrüche, als solche Handlungen, durch welche schon an sich der Thäter den Volks-, den Gemeinde- oder den Rechtsfrieden einbüßte, ihre ursprüngliche nationale Bedeutung verloren hatte [1]). Erst ein Ordel konnte in den Zustand führen, der einigermaaßen der alten Friedlosigkeit entsprach. Aber während die alte Ansicht den Friedlosen zu den Thieren des Waldes hinausstieß, und die Aufnahme eines Friedlosen so gut als gänzlich

1) Daher hebt 1292 M, 2, 3 und 1497 M, 6, 4 es als besonders strafbar hervor, so we het enen man dhef oder des gelik. Die Art und Weise, wie Cropp Crim. Beitr. 2, 1, 36 ff., versucht hat, dieses Ordel auszulegen, führt auf ein Resultat, welches in keiner Hinsicht befriedigt, und wobei besonders der Umstand, daß es sich in so vielen Rechten findet, ganz unberücksichtigt bleibt.

1) Selbst der Ausdruck kommt nur beiläufig noch vor 1270 XII, 2.

Digitized by Google

untersagte (vgl. Wilda S. 285 ff.) steht nach 1270 X, 2 bei uns auf die Beherbergung eines Verfesteten nur eine Buße von drei Pfund, der man sich überdies durch den Eid entziehen konnte, daß man von der Verfestung keine Wissenschaft gehabt. Die Vorschrift zeichnet sich freilich in einer Hinsicht sogar noch durch eine größere Strenge aus, als selbst die ältesten Skandinavischen Rechtsquellen, welche einmalige Speisung gestatten, schließt sich aber in dieser Strenge an die Salischen und Ripuarischen Rechte an. Weiter ist es hier ungeeignet, sich über die Lehre von der Verfestung zu verbreiten, von der ich zweimal, Vortr. 1, 2, 409 ff. und in meinen Vorträgen über Strafen umständlich gehandelt habe. Nur darf hier nicht unbemerkt bleiben, daß, wenn auch keine bestimmte Stelle in unseren Statuten dies ausspricht (s. meine Vortr. 1, 2, 412), es sich annehmen läßt, der Verfestete habe sich aus diesem Zustande, wo er den Rechtsfrieden verloren hatte, auch bei uns ebenso, wie anderwärts, herausziehen können. Auch versteht es sich von selbst, daß unser Zusatz nur von derjenigen Verfassung zunächst redet, die ein hiesiges Ordel ausgesprochen hatte. Da das Institut der Friedlosigkeit, aus welchem diese Verfestung hervorgegangen ist, auf dem Grundsatze beruhte, daß der Friedlose nicht mehr als Genosse des Stamms, als Mitglied der Gemeinde geduldet wurde, und sich nicht mehr innerhalb des Weichbildes betreffen lassen durfte, so beschränkte sich nach der ursprünglichen Ansicht die Verfestung auf unser Weichbild, und es ist erst aus späteren Verträgen mit anderen Gerichten hervorgegangen die Ausdehnung der hiesigen Verfestung auf ihre Bezirke, und umgekehrt [2]).

Hier stoßen wir auf eine Bestimmung, welche wir zuerst 1292 C, 23 und dann 1497 O, 3 antreffen. Wenn einer unserer Bürger wegen Brüche friedlos gelegt wird, so soll sich die königliche Gewalt seines Erbes und Gutes nicht unterwinden, wanne he den broke heft noldan darmede, dat he is uredebos gheleghet.

2) S. meine Vortr. 1, 2, 413 a. E. Auch die von Budde S. 156 erwähnte Stelle des Rigischen Ritterrechts verstehe ich dahin, daß wer in einem Untergerichte verfestet war, darum noch nicht als von dem Obergerichte als verfestet angesehen werden durfte. Vgl. Sachsenſp. 3, 24, 1.

Digitized by Google

Es unterliegt keinem Zweifel, daß hier Friedloslegen mit Verfesten gleichbedeutend ist [3]).

Wie wenig übrigens die alten Unterscheidungen zwischen Friedlosigkeit und anderen die Ehre und sonstigen persönlichen Rechte beeinträchtigenden Verhältnisse zur Zeit der Statute von 1292 und 1497 im Rechtsbewußtsein lebendig erhalten waren, beweist sich aus der Zusammenstellung, berufen, verfestet, im Briefe stehen oder, wie es 1497 heißt, seiner Unthat halber beschrieben und angezeichnet. Man sollte annehmen, die Verfestung, als der schlimmste Zustand, müßte voranstehen. Auch ist es zweifelhaft, wie man die Verfestung von dem danach erwähnten Zustande unterschied. Es ist von mir schon einmal umständlich von den Conjecturen Anderer hinsichtlich dieser Worte gehandelt (Vortr. I, I, 202). Auch Budde nimmt (S. 153 Anm. 20) an, der Zusatz habe auf das Verzeichniß der Geächteten hingewiesen. Nun müßte man es aber doch als eine sehr unpassende Sprechweise bezeichnen, wenn die Verfesteten durch ein „oder" von den in der Liste der Verfesteten aufgeführten unterschieden wären. Es läßt sich vielleicht der letzte disjunctive Satz von den Fällen verstehen, wo der Rath Kunde von verübten Verbrechen erhalten hatte, aber, nicht im Stande, den Inculpaten nach Maaßgabe des 1270 IX, 4 und XII, 11 vorgeschriebenen Verfahrens ordentlich vorladen zu lassen, sich damit begnügen mußte, im liber memorandorum davon Anmerkung zu nehmen. Recht klar ist aber die Anwendbarkeit von VI, 12 damit nicht. Wer eines Verbrechens angeschuldigt wird, also doch vor Gericht steht, soll mit seinem Eide nicht zugelassen werden, wenn es vom Rath angemerkt ist, daß er noch im Verdacht steht, ein anderes Verbrechen verübt zu haben, wiewohl deshalb kein Verfahren gegen ihn Statt gefunden hat! Es bleibt fast nichts anders

3) Vgl. Budde S. 156, der mehrere Stellen aus dem Lübischen Recht, II, 86. 90. 94 allegirt, und ebenso unser 1497, da er 1292 nicht kennt. Zu den Stellen des Lübischen Rechts sind noch hinzuzufügen Cod. Hach. III, 35. 221. 224. Ferner unser 1270 VI, 6. Wenn Budde S. 153 anzunehmen scheint, daß in unserem 1497 E, 5 berufen und verfestet und seiner Unthat halber geschrieben und angezeichnet gleich bedeutend gewesen, so läßt sich ihm nicht füglich beipflichten. Vgl. oben § 26.

Digitized by Google

übrig, als mit Budde den ganzen Zusatz von Verfestungen zu verstehen, die theils wirklich angemerkt sind, theils nicht, wie anfänglich denn ja überhaupt nicht alle Ordele niedergeschrieben, und die Register der Verfesteten nicht gehörig geführt worden sein mögen.

§ 31.

Resultate.

Die bisherige Zusammenstellung aller solcher Vorschriften und Bestimmungen in unseren älteren Statuten über Ehre und Friedlosigkeit muß nothwendig zu der Ueberzeugung führen, daß sich bei uns bis zu dem überhand nehmenden Einflusse des Römischen Rechts, also bis zum Ende des funfzehnten Jahrhunderts, zwar allmälig die alten Germanischen Rechtsansichten über diese persönlichen Beziehungen zum Theil bis zur Unkenntlichkeit verwischt, dagegen aber durchaus kein anderes bestimmtes Recht, welches den Kreis der Moral und der vagen Volksmeinungen begränzt hätte, an die Stelle des früheren Rechtszustandes getreten war. Man bewegte sich hier besonders hinsichtlich der Berufenheit in allgemeinen und schwankenden Meinungen, so daß dem Römischen Recht als einem besonders in dieser Materie wissenschaftlich ausgebildeten mit einem Vernunftrechte zu vergleichenden oder doch verwechselten, dabei als subsidiäres Recht, als kaiserliches Recht anerkannten Theorie der Einfluß gar nicht entstehen konnte. So hat sich der heutige Rechtszustand allmälig herausgebildet, welcher, obwohl eine seiner wesentlichen Quellen unstreitig Römisches Recht ist, doch nicht wohl, besonders in seinen besonderen Beziehungen zu Volksleben und Zeitgeist, begriffen und erschöpfend aufgefaßt werden kann, wenn man nicht die geschichtliche Germanische Grundlage sich klar macht. Noch jetzt läßt es sich in zwei besonders hervortretenden Zügen gar nicht verkennen, daß das Altdeutsche Recht aus dem Volksbewußtsein noch keineswegs verschwunden ist, wiewohl damit nicht der Ansicht Budde's beigepflichtet werden kann (S. 126), als ob das Römische Recht in dieser Lehre „gar keinen erheblichen Einfluß auf die Rechtsentwickelung erhalten habe." Zu diesen alten Germanischen Spuren rechne ich den Widerwillen der Gerichte gegen Injuriensachen und ihre unverkennbare Ungunst gegen den Beleidigten. Es liegt diesen richterlichen, sehr all-

Digitized by Google

gemein verbreiteten Vorurtheilen die Altgermanische Verachtung gegen eine andere Abmachung von Ehrenhändeln als mittelst des Rechts der Gewalt und Selbsthülfe zum Grunde. Ebenso haben die Ehren-Zweikämpfe sich als ein Ueberrest aus den Zeiten des Faustrechts erhalten, wie dies auch der neueste Schriftsteller über diesen Gegenstand, Unger[1]) einräumt, wiewohl er darin offenbar Unrecht hat, wenn er (S. 69) meint, es habe dieser Ueberrest vorzugsweise bei den Ständen sich behauptet, welche vor anderen einen gewissen Corporationsgeist bewahrt, Adel, Militär und Studirende. Weder für Frankreich noch für Deutschland wird man diese Behauptung rechtfertigen können, und namentlich im ersteren Lande enthalten die öffentlichen Blätter genug Beispiele zur Widerlegung derselben, auch nicht blos aus den neueren, sondern auch aus früheren Zeiten. Es ist aber für die künftige Legislation keineswegs gleichgültig, solche Ansichten unwidersprochen zu lassen, zumal wenn daraus, wie von Unger geschieht, Vorschläge hergeleitet werden, die namentlich darum nicht geeignet sind, weil sie höchstens auf abgeschlossene Corporationen würden angewandt werden können.

Schließlich hebe ich aus meinen Vorträgen über Strafen noch den Umstand hervor, daß sich in keinem unserer alten Stadtrechte über die Berufenheit der Abdecker und Scharfrichterknechte die entfernteste Spur nachweisen läßt. Es ist zu vermuthen, daß das Vorurtheil gegen diese Personen, wie es jetzt zwar noch hier

1) Der gerichtliche Zweikampf bei den Germanischen Völkern. Göttigen 1847. 8. Es läßt sich vielen seiner dort aufgestellten Ansichten, und zwar oft ganz entschieden widersprechen. Was er S. 20 von der Gleichheit der Partheien vor Gericht bei unseren Vorfahren sagt, ist ganz gewiß unrichtig. Es ist nicht zu bezweifeln, daß der Kläger vor dem Beklagten sehr wesentliche Vorzüge genossen hat. Mit Unrecht und namentlich im klaren Widerspruche mit dem Sachsenspiegel I, 39 unterscheidet er zwischen Ordalen und Zweikämpfen, und er hat die Behauptungen, daß Beide nicht in der heidnischen Vorzeit gewurzelt haben, und daß die Ordale ein Werkzeug in der Hand der christlichen Priester gewesen, bestimmt um den altnationalen Zweikampf zu verdrängen (S. 15), gar nicht erwiesen, und würde es auch nicht gekonnt haben. Das Wenige, was unsere Vorzeit über die Gottesurtheile in Hamburg aufzuweisen hat, genügt schon, ihm darin zu widersprechen.

Digitized by Google

herrscht, aber wohl allmälig seinem Untergange verfällt, erst spät in Deutschland durch das mit dem Christenthum bekannt gewordene Mosaische Recht aufgekommen ist, und wenigstens gewiß nicht als ein Ueberrest alter Nationalansichten betrachtet werden kann [2]).

§ 32.

Das Familienrecht. [1])

1. Das Verwandtenrecht.

Das Wort Familie hat durch das Römische Recht in der Rechtssprache einen zweifachen Sinn erhalten, indem es theils den Inbegriff der in einer häuslichen Gemeinschaft lebenden Personen, theils den Inbegriff der Blutsverwandten bezeichnet. In dem ersten Sinne umfaßt das Familienrecht die Rechtsverhältnisse zwischen Ehegatten, ferner die in Beziehung zu Kindern bestehenden, und endlich speciell für unser Recht auch die Rechtsverhältnisse des Gesindes. Im letzteren Sinne gehört es zu den Eigenthümlichkeiten des Alt-Hamburgischen Rechts, daß der Ausdruck Familie sich nicht auf die Blutsverwandten beschränkte, sondern auch die Ehegatten umfaßte, was insbesondere bei dem Tode der Person und beim Eintritt des Erbrechts erheblich wird. In dieser Hinsicht muß einer Hypothese des Herrn Dr. Harder [2]) schon hier widersprochen werden, als ob in Beziehung auf Erbfolge zwischen Römischem und Germanischem Rechte der Unterschied darin bestanden, daß hier Intestat-Erbfolge, dort die testamentarische die Regel gebildet habe. Diese Ansicht geht davon aus, daß auch bei unseren Vorfahren die Persönlichkeit über das Leben hinaus wirksam geblieben sei oder fortgedauert habe, was in dieser Allgemeinheit vielmehr eine Römische Auffassung ist [3]). Es ist

---

2) Vgl. vorzüglich Falck Schlesw. Holst. Privatr. 4, 277 ff. Auch Budde S. 127 betrachtet die Anrüchtigkeit der Schinder als neueres Recht.

1) Im Allgemeinen ist auch hier Falck a. a. O. S. 291 ff. zu vergleichen, von dessen Behandlung des Gegenstandes die meinige da abweichen muß, wo es der verschiedene Zweck unserer Erörterungen nothwendig erfordert. Vgl. Savigny System 1, 342 ff.

2) Recht der Frauen S. 67 Anm.

3) Vergl. überhaupt über unser Erbrecht meine Vortr. 2, 2, 307 ff. Dort habe ich mich zur richtigen Auffassung der Eigenthümlichkeit

Digitized by Google

eben das Eigenthümliche des Germanischen Rechts, daß bei der höchsten Anerkennung des Willens einer Person während ihres

---

des Römischen Erbrechts hauptsächlich auf Savigny bezogen. Denn wie sehr ich sonst auch Pucha's Arbeiten verehre, so finde ich es nicht rathsam, wenigstens für meinen Zweck nicht, dessen Bearbeitung des Römischen Erbrechts zu benutzen. Ich weiß nicht, aus welchem Grunde und zu welchem Zwecke er (Pandekten § 436. 437. Institutionen Bd. 3 § 303) das Erbrecht der Römer als ein Recht an der Person des Erblassers bezeichnet. Er sagt in den Institutionen, ein Recht an einem Vermögen setze ein Recht an der Person, die Subject desselben sei, voraus, und ebenso in den Pandekten, ein Recht an einem Vermögen sei nothwendig ein Recht an einer Person, der das Vermögen zusteht. Ich finde im Römischen Rechte keine Gesetzesstelle, die zu einer oder der anderen dieser Annahmen berechtigt. Inst. 2, 9, 6 am Ende sagt Tribonian, er habe bis jetzt vom Erwerb einzelner Sachen gesprochen, jetzt wolle er zeigen, auf was für verschiedenerlei Weise Sachen per universitatem erworben würden, und handelt dann zuerst von Erbschaften. So sagt auch Gajus l. 24 D. de V. S. (50, 16): Nihil est aliud haereditas, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit, bei welcher Definition der Zusatz fehlt, „welches er auf einen Andern übertragen konnte, in welches der Andere eintreten kann." So sagt auch Ulpian l. 9 § 12 D. de haered. instit. (28, 5): Haeredes iuris successores sunt, und es heißt l. 34 D. de acquir. rerum dom. (41, 1): Haereditas defuncti personam sustinet. Erbrecht im Römischen Rechtssinne ist also das Recht, in die übertragbaren Rechtsverhältnisse eines Verstorbenen als dessen Repräsentant einzutreten, also nicht ein Recht an seiner Person, weil es nur ein Recht an sein Vermögen, ein Recht ist, seine juristische Persönlichkeit in Hinsicht auf sein übertragbares Vermögen zu vertreten. Das Römische Recht fand ein Staatsinteresse darin, ein Vermögen nicht ohne Inhaber zu lassen, weshalb es sogar zu der von Savigny erwähnten künstlichen Fiction seine Zuflucht nahm (vgl. meine Vorträge a. a. O.). Ganz anders unser Alt-Hamburgiches, das ursprüngliche Germanische Recht. Hier mischte sich der Staat in das Verhältniß gar nicht ein. Die Rechte der Gewehr und der Selbsthülfe gaben hier die Bestimmungen. So wie Stahl in seiner Philosophie des Rechts (zweite Aufl. Heidelb. 1845. Bd. 2 S. 383) das Erbrecht in seiner philosophischen (übrigens nur leider auch von ihm viel zu sehr mit Römischen Rechtsbegriffen gemischten) Auffassung das Erbrecht als einen Ausfluß des Familien-, besonders des elterlichen, man darf wohl hinzufügen des ehelichen Bandes betrachtet, so überließen unsere Vorfahren auch dem Familienrechte die Regu-

Digitized by Google

Lebens, dessen origineller Einfluß selbst auf das Sachsenrecht von mir vielfach nachgewiesen ist [4]), nach dem Leben ein solcher Einfluß, wie das Römische Recht besonders dem letzten Willen beimißt, unseren Vorfahren fremd war. Letzte Willen im Sinne des Römischen Rechts, sofern darunter widerrufliche und einseitige Anordnungen auf den Todesfall zum Nachtheil der Familie verstanden werden, kannte man ursprünglich bei uns gar nicht: darin bestand der Gegensatz unseres Rechts gegen das Römische. Selbst das Wort Testament und Testamentifaction ist Römisch. Man betrachtete die Güter als Familieneigenthum, die Ansprüche der Gläubiger modificirten dasselbe nur darum, weil sonst das

---

lirung der Verhältnisse nach dem Tode des Berechtigten, wobei die Römische Betrachtung der universitas um so weniger hinderlich war, weil unsere Vorfahren den Begriff eines Vermögens, einer Totalität von Rechten und Verbindlichkeiten noch nicht in ihr Rechtsbewußtsein aufgenommen hatten. Nach den Rechten der Selbsthülfe und der Gewehr verblieb der überlebende Ehegatte in der Gewehr, und es mußte nur der Antheil der Familie dabei regulirt werden, für den Fall der Schwangerschaft der Wittwe oder für den Fall einer kinderlosen Ehe. Das Familienrecht führte von selbst darauf, wenn der Verstorbene unverehelicht starb, daß die Familie desselben das Recht der Selbsthülfe geltend machte, vermöge des Princips der Nichteinmischung der Behörden in diese Privatverhältnisse, welches Princip ohnehin die Regel bildete, während nach Römischen Rechtsbegriffen das Recht der Selbsthülfe so weit nicht ging, und nur als Ausnahme anerkannt wurde. Aus diesem Unterschiede zwischen der Altdeutschen und der Römischen Auffassung des Erbrechtes erklärt sich auch die abweichende Methode in der Darstellung desselben, der von Gries (Comm. 2, 109 ff.) in seinem Abrisse nicht gehörig Rechnung getragen ist. Während die Delation, das Warum die Erbschaft ad vos pertineat, wie es Inst. l. c. heißt, dem Römischen Recht die nächste Frage war, und, eben weil dort der Wille des Erblassers für die Delation das Entscheidende und Präjudicielle war, dort zuerst untersucht wurde, quae ex testamento vobis obveniunt, beschäftigt sich unser ältestes Statut zuerst mit der Regulirung des Rechts der Gewehr, mit der Theilung der Auseinandersetzung, erörtert nur ganz beiläufig die Intestat-Succession, und widmet demnächst den Giften einen besonderen Abschnitt. Die specielleren Gründe dieser Behandlung giebt unser Vortrag im Verlauf des § 32 an.

4) Vgl. meine Vortr. 2, 1, 136. 2, 2, 193.

Digitized by Google

Recht der Gewalt zur Selbsthülfe berechtigt haben würde (§ 71). Es ist daher mit Herrn Dr. Harder (S. 67) anzunehmen, daß, als Testamente bei uns aufkamen, man darunter lange Zeit keine solche letztwillige Verfügungen und zwar mit dem Charakter der Widerruflichkeit verstanden hat, in denen Kinder oder überhaupt Blutsverwandte und Ehegatten ausgeschlossen worden wären. Ueberhaupt ist es unverkennbar, daß das einzige Ordel der ältesten Sammlung, das eines Testaments gedenkt, VI, 2, nur ein Testament vor dem Rath kennt, somit die Zuziehung des Raths wesentlich erachtet, dessen Stellung, da wo es Rechte der Anverwandten, und insbesondere der nicht selbstständigen Anverwandten galt, sehr bedeutungsvoll erscheint, und freilich beweist, daß das Familienrecht schon anfing von seiner ursprünglichen Bedeutung zu verlieren (§ 103). Ersichtlich ist jenes Ordel aus dem alten Gebrauche hervorgegangen, entweder gerichtlich die Güter, die Jemand nach dem Ableben des Inhabers erhalten oder behalten sollte, aufzulassen, oder auf dem Todbette, mindestens auf dem Krankenlager mit Erben und Gläubigern ein Abkommen zu treffen I, 20. VI, 7 (s. oben § 7) [5]). Aus einer Thätigkeit der Geistlichkeit möchte ich nicht, wie Herr Dr. Harder, das Testament vor zwei Rathmännern herleiten, da zu viele Fälle vorkommen, die auf einen 1270 vorhandenen Widerstand gegen das Umsichgreifen der geistlichen Rechtspflege hindeuten: Die Zahl zwei dürfte wenigstens nicht genug beweisen. Sie wurden vom Rath gesandt vergl. die Randbemerkung 1292 G, 2, die 1497 K, 1 in den Text aufgenommen ist. Man betrachtete also die ganze, und zwar zuerst mündlich Statt gefundene Handlung als vor dem Rathe selbst vorgegangen, und legte darum derselben die Wirkung der alten Vergabungen oder Uebergaben auf den Todesfall bei. Eben weil aber das Testament 1270 als eine gerichtliche Handlung angesehen wurde, welcher der dabei Betheiligte beiwohnen und widersprechen konnte, so hielt man es überflüssig, dafür die allgemeinen Verbote von Giften des Erbguts III, 10. IV, 2 besonders einzuschärfen, so daß damals das Erbrecht der Familie, oder, wie man es jetzt nach einem Römischen Ausdruck nennt, das Intestaterbrecht nicht blos die Regel, sondern etwas ganz Ausschließliches

5) Vgl. Gries Commentar 2, 116. 118.

Digitized by Google

war, das durch die Bestimmung VI, 2 als gar nicht getroffen galt. Darum wird dem nächsten Erben III, 14 ganz unbeschränkt zugestanden, zur Wittwe ins Haus zu ziehen, dat he beware dat gud dat an eme vallen mach, wie dies auch der Sachsenspiegel schon kennt I, 22, I (s. oben § 5) [6]).

§ 33.

Fortsetzung.

Das Recht der Familie an den s. g. Erbgütern, d. h. an denjenigen Gütern, welche man als der Familie gehörig betrachtete, ist von Cropp (Abh. 2, 435) und Anderen aus der alten Verbindlichkeit hergeleitet worden, für das Wehrgeld aufzukommen, wenn ein Mitglied der Familie das einer andern erschlagen oder verwundet hatte, und ebenso das Verhältniß der Pupillen von Zöpfl (Vergleichung der Römischen Tutel und Curatel mit der heutigen Vormundschaft. Bamberg 1828 S. 67) aus dieser Gesammtbürgschaft. Allein dürfte es nicht richtiger sein, unmittelbar in der Auffassung des Familienrechts selbst den ersten Grund aller dieser daraus nur abzuleitenden Erscheinungen des Deutschen Rechts zu suchen? Wir haben es bereits (Vortr. 2, 2, 252 ff.) ermittelt, daß das alte Deutsche Recht in Beziehung auf Sachen unter Personen wegen des untheilbaren Rechts der Gewehr eine Gemeinschaft gekannt hat, deren Mitglieder zu einander während der Dauer der Gemeinschaft in an sich untheilbaren Verhältnissen standen. Dasselbe Verhältniß bestand unter den Mitgliedern einer Familie sowohl in persönlicher Beziehung als auch in Beziehung auf diejenigen Güter, die als der Familie gehörig angesehen wurden. Vermöge dieses Verhältnisses haftete sie für solche Verbindlichkeiten, die der Familie als solcher nach alter Auffassung oblagen. Diese Verantwortlichkeit bestand, gleichviel ob Familiengut vorhanden war oder nicht, zum besten Beweise, daß sie sich in der Familie

---

6) Setzte sie sich demnächst mit ihm auseinander, so mag dies im Resignationenbuche erklärt sein, wie z. B. p. 124, 7 im J. 1270: Rembernus pellifex et Odilia, relicta fratris eius, talem inierunt compositionem, quod quivis illorum ab omni impetitione bonorum dimittit alium liberum et solutum.

Digitized by Google

und nicht in deren Anspruch auf gewisse Güter und Rechte gründete, so wie denn das Vermögen, welches mittelst Erbfalls an Einzelne kam, so daß diese daran das Gewehrrecht erlangten, dennoch als unter dem gemeinschaftlichen Schutze der ganzen Familie verblieben betrachtet wurde, welche das Recht behielt, es zu vertreten, und gegen unbefugte Eingriffe zu schützen. Ebenso stand lediglich in Folge dieses Familienverbandes der Unmündige unter dem Schutze und der Aufsicht der ganzen Familiengemeinschaft als solcher, ganz von deren sonstigen Verpflichtungen abgesehen und unabhängig. Ebenso wenig richtete sich die Pflicht, die Vormundschaft des unmündigen Verwandten zu übernehmen, nach der Erbfolge; es wird weiterhin (§ 105) nachgewiesen werden, daß man dies als einen Römischen Gesichtspunkt bei der Delation der Tutel zu betrachten hat, der unserem ursprünglichen Rechte fremd ist.

So wie vom Personenrecht überhaupt (§ 2) und vom Familienrecht insbesondere, so ist es aber auch noch specieller vom Altgermanischen Verwandtenrechte zu sagen, daß Vieles in der Regelung der Verhältnisse der Blutsverwandten und Eheleute, als Mitglieder einer Familie, der Sitte angehörte, und von Gesetzen bei uns nicht berührt wurde. Wir können nichtsdestoweniger nicht daran zweifeln, daß auch bei unseren Vorfahren diese Verhältnisse sämmtlich ihre durch die Sitte gezogenen Gränzen gehabt haben. Allein sie sind noch nicht zu der Schärfe des Rechts hindurchgedrungen; es machte sich noch nicht ein praktisches Bedürfniß fühlbar, sie auf den Rechtsboden zu verpflanzen. Nur in zwei Beziehungen fanden sich unsere Vorfahren besonders veranlaßt, sich mit dem Familienrecht der Verwandtschaft in ihren ältesten Ordelen zu beschäftigen.

Zuerst um nach einer Richtung hin dasselbe zu *beschränken*. Bei dem großen Einflusse der Familienverhältnisse in damaliger Zeit, der weit die Erscheinungen unserer Gegenwart in dieser Beziehung überwiegt, darf es nicht von jener Wunder nehmen, daß sich ihr ebenso sehr und wohl noch mehr als der unsrigen die Rücksicht nachsagen läßt, die man jetzt mit einem fremden Kraftausdruck als *Nepotismus* bezeichnet. Wäre Verwandtschaft und selbst Schwägerschaft nicht derzeit sehr mächtig gewesen,

Digitized by Google

so würde es unerklärlich sein, wie bei den wenigen Rechtsbestimmungen, die die ältesten Statute enthalten, wiederholt ausdrücklich eingeschärft wird, auf diese Familienbeziehungen nicht zu partheiische Rücksicht zu nehmen, I, 1 a. E. I, 2. VI, 29. Lappenberg geht noch weiter (Vorr. zu den R. A. S. XXXVII), dürfte aber wohl darin zu weit gehen, wenn er meint, man habe in Hamburg ursprünglich für nicht unerlaubt gehalten, daß Vater und Sohn, so wie Brüder zugleich im Rathe gesessen!

Wichtiger für uns ist eine Befugniß der Familie der Verwandten, deren in den alten Statuten sehr oft gedacht wird, ohne daß man jedoch behaupten kann, es wären derselben die rechtlichen Gränzen genau gezogen gewesen. Wir können das Verhältniß mit einem bei uns von der Französischen Zeit her eingebürgerten Ausdruck, wenn wir nur den Französischen Rechtsbegriff davon entfernt halten, als Familienrath bezeichnen, zumal da der Ausdruck selbst (consilium propinquorum) im ältesten Resignationenbuch p. 106, 22 vorkommt.

Zuvörderst ist hier zu bemerken, daß nur ein einziges Mal der Rath eines einzelnen Familiengliedes vorkommt. Dies ist in dem bereits öfter (§ 5 und 32 a. E.) erwähnten Ordel III, 14, wo der nächste Erbe zur Wittwe ins Haus fährt, um das Erbgut zu beaufsichtigen, und ihr mit seinem Rathe bei dem Begräbniß und dem Haushalt beisteht. Während es nun hier unbestimmt gelassen ist, in welchem Verhältnisse die übrigen Miterben sich befinden, wobei es zweifelhaft erscheint, ob sich die Wittwe bei einer großen Anzahl nächster Freunde ihres verstorbenen Ehemannes deren Einzug gefallen zu lassen hat, ein Zweifel, aus welchem auch die Langenbeckische Glosse bei dem von ihr hier beobachteten Stillschweigen nicht heraushilft: so sprechen auch alle übrigen Ordele, welche des Familienraths nur abseiten einer Mehrzahl von Verwandten gedenken, sich genauer über die sonstigen sich hier aufwerfenden Rechtsfragen nicht aus, und scheinen ihre Beantwortung, vermuthlich wegen der deshalb nicht zweifelhaften Praxis, für unnöthig gefunden zu haben. Die hierher gehörigen vier Ordele, IV, 7. VI, 7. 32 und X, 8, handeln von der Zuziehung des Familienrathes theils bei Erbtheilungen, theils bei Heirathen. Nach IV, 7 wird es einem Wittwer mit den Kindern und ebenso Kindern unter sich gestattet, vor zwei

Digitized by Google

Rathmännern sich auseinander zu setzen, ohne den Familienrath hinzuzuziehen; allein ausdrücklich hinzugefügt, diese Zuziehung sei erforderlich, wenn ein Wittwer oder auch eine Wittwe bereits zur zweiten Ehe geschritten ist. Es sollen alsdann sincr kinder vrunde vnde sines wyues vrunde davon vorher benachrichtigt werden. Ebenso 1292 F, 7. 1497 J, 24. Stad. III, 7 (Puf. I app. p. 187) [1]) Rig. 50 (Puf. III app. p. 240) Lub. Cod. Hach. III, 287. Erst 1605 hat man bei uns diese Bestimmung aufgegeben, und vor oder innerhalb vier Wochen nach der zweiten Verheirathung die Zuziehung nur der zwei nächsten Freunde der verstorbenen Frau erforderlich erachtet 3, 3, 4. Aber noch viel später erst ist man von der Nothwendigkeit überzeugt worden, daß die Abtheilung vor Gestattung der zweiten Ehe besonders seitdem geschehen müsse, da das Bewußtsein des engen Familienverbandes, und besonders das Institut des Familienraths bei uns so gut als untergegangen war. Die ersten Verfügungen desfalls enthält bekanntlich unsere Vormundschaftsordnung von 1831 Art. 30.

Mit den Verehelichungen beschäftigen sich die übrigen drei Ordele, X, 8 im Allgemeinen, VI, 7 und 32 speciell mit der zweiten Heirath einer Wittwe. Im Ordel X, 8 wird es ausdrücklich verboten, daß ein einzelner Verwandter, neen vrunt de darto horet allene, eine Heirath befördere ane vrunde rat an beiden syden, beide van vader vnde van moder, de nagest syn, vnde de me hebben mach, vnde de gude lude syn. Wer dawider handle, de schal dat beteren mit syneme lyue, it sy wiff ofte man. Wer aber, vppe den gud vorstoruen is, ane vrunde rat heirathet, der soll dies verlieren, und es soll fallen an die negesten vrunt, beide van vader vnde van moder, half de enen vnde half de anderen. Das Ordel findet sich auch 1292 E, 17. 1497 J, 1. Stad. IX, 8 (Puf. I app. p. 221) [2])

1) Das Stader Statut läßt die Freunde der Frau weg, wobei es ungewiß bleibt, ob dies mit Absicht geschieht oder nur Auslassung der Abschrift ist.

2) Nur fehlt hier am Schlusse die Bestimmung, an wen das Gut fällt, was der eigenmächtig Heirathende verwirkt, und ist dies wohl einer Abschreiberlücke zur Last zu bringen. Einen andern Grund hat freilich Donandt Brem. Rechtsgesch. 2, 248 Anm. 33 angegeben, dessen Untersuchung aber ganz in das Erbrecht gehört, und hier somit zu weit führen würde.

Digitized by Google

Rig. 140 (Puf. III app. p. 267) Lub. Cod. Hach. III, 389. Der Schluß ſtimmt auch mit Lub. Cod. Hach. I, 17. II, 5. III, 123 im Weſentlichen überein. Schon zu der Zeit der Langenbeckiſchen Gloſſe (ſ. Lappenb. S. 253) ward es beſtritten, ob das Ordel auf Mündige anwendbar ſei; allein ein Rathsdecret von 1507 wandte es auf ſie an, und man kann wohl nicht an der Richtigkeit dieſer Anwendung zweifeln, wenn man den Geiſt des alten Familienrechts gehörig auffaßt[3]).

Das Ordel VI, 7, das uns ſchon ſonſt beſchäftigt hat (ſ. oben § 7, die Parallelſtellen ſ. Vortr. 2, 2, 311), beſtimmt u. A., daß wenn eine Wittwe heirathet ane vrunde rat, ſo ſoll ſie von dem Gute nicht mehr haben, als ihre Kinder oder ihre Freunde ihr geben wollen. Ebenſo in allen Parallelſtellen.

In dem Ordel VI, 32 wird der Fall erwähnt, da eine Wittwe, deren Mann ihr kein Gut hinterlaſſen, bir na beraden worde myt helpe erer vrunde. Sonſt iſt bereits Vortr. 2, 2, 312 ff. ausführlich von dieſem Ordel gehandelt worden.

Keine dieſer Beſtimmungen ſagt genau, wer zu dem Familienrathe gerechnet worden. Wenn Herr Dr. Harder (S. 16) meint, der überlebende Ehegatte habe nur die Verwandten des verſtorbenen zuziehen müſſen, ſo ſcheint X, 8 nichts Entſchiedenes dafür, die anderen Ordele aber eher das Gegentheil zu beweiſen. Wenigſtens ſagt VI, 7 für den Fall der überlebenden Wittwe, ſie ſolle ere vrunde zuziehen. Ueberhaupt muß man eben berückſichtigen, daß das Familienrecht damals viel lebendiger im Volksleben ſeine Wurzel hatte, als jetzt. Entweder war es in der Praxis gar nicht zweifelhaft, wer zu den Berechtigten gehörte, oder es wurde nicht bei jedem einzelnen Mitgliede der Familie erſt umſtändlich ſeine Berechtigung unterſucht, vielleicht ſelbſt das Kriterium negeſte nicht ſtreng genommen, da man mehr das allgemeine Recht der Familie überhaupt, als die Mitgliedſchaft des Einzelnen im Auge hatte[4]). Noch weniger läßt ſich die

3) Vgl. die Gloſſe zu 1497 J, 18 Abſ. 3 u. 4. — S. auch unten § 72 u. 86.

4) Ein merkwürdiger Fall, der durch dieſe Anſicht allein ſeine Erläuterung erlangt, findet ſich in unſerem älteſten lib. resign. p. 68, 1, wo 1264 Eheleute et alii haeredes eius (der Ehefrau) ein Erbe reſigniren. Ein anderer p. 125, 10, wo Jemandem das Erbe ſeiner

Digitized by Google

Ansicht Cropp's (Abh. 2, 471 Anm. 80) und Harder's (S. 16) vertheidigen, wonach der Verwandtenrath nur dann bei Verehelichungen erforderlich gewesen wäre, wenn das Kind Erbgut besessen. Wir müssen dabei bleiben, daß das Verwandtenrecht von dem Vorhandensein von Gütern unabhängig bestand. Auch beweist in unserem Ordel X, 8 das Bessern mit seinem Leibe, was auf eine sehr bedeutende Buße geht, allemal Zuziehung der vrunde an beyden syden, es mag Gut vorhanden sein oder nicht, und ebenfalls das Ordel VI, 32, das von beiden Gelehrten in dieser Beziehung nicht beachtet zu sein scheint, und zugleich beurkundet, wie innig die Familienbande damals gewesen sein müssen, weil es als ein ganz gewöhnlicher, fast nothwendiger Fall behandelt wird, daß eine arme Wittwe bei ihren Freunden Berathung findet: ein Ausdruck, den die spätere Zeit scheint auf eine von ihnen ihr geschenkte Aussteuer beschränkt zu haben, vgl. die Fassung schon 1292 F, 9.

Ob von dem Beschlusse des Familienraths eine Appellation auch bei uns statthaft war? Nach Lübischem Rechte konnte der Betheiligte sich an den Rath wenden [5]), und so bekommt danach auch die Stadt ihren Antheil an dem Erbgut, falls man sich gar nicht an den Familienrath gewandt hatte [6]). Die l. Saxon. 7, 4 bestimmte, wenn der Verwandte als Vormund der Wittwe nicht zu der Heirath seine Einwilligung geben wollte, so habe sich der Bräutigam an die Verwandten eius, d. h. der Frau, wenden können, was Zoepfl (S. 67) mit Unrecht von der fraglichen Appellation verstanden hat, da die Einwilligung der Verwandten ja auch dann, wenn der Vormund die Ehe genehmigt hatte, ohnehin erforderlich war. Unsere Ordele enthalten nichts Hierhergehöriges. Der spätere Zutritt des Raths bei allen Familienverhandlungen scheint der Ansicht das Wort zu reden, daß ihm in streitigen Fällen die Entscheidung wird von jeher überlassen sein.

Frau ab amicis earum resignirt wird. Ferner p. 82, 19, wo man den consentirenden nächsten Verwandten nur allgemein als cognatus bezeichnet. In der Vergabung p. 106, 18 wird von dem consilium propinquorum der Anfall eines Grundstücks nach dem Ableben aller Erben an eine milde Stiftung abhängig gemacht.

5) Kraut Vormundschaftsrecht I, 91.

6) S. die erwähnte Stelle Cod. Lub. Hach. II, 5.

Digitized by Google

§ 34.

2. Die Rechtsverhältnisse zwischen Ehegatten und Kindern im Allgemeinen.

Unser Alt-Hamburgisches Familienrecht im engeren Sinne des Worts (§ 32), wo es das Eherecht, das Elternrecht, das Vormundschaftsrecht und das Gesinderecht, also die Beziehungen des Menschen zu seinem Hause, oder was, wie bei der Vormundschaft, als Surrogat davon zu betrachten ist, umfaßt — dies Familienrecht unterscheidet sich, wenn wir uns hier auf die Erörterung der ersten drei Rechte beschränken [1]), uranfänglich von dem Römischen darin, daß dieses die familia nur in Beziehung auf die patria potestas und auf die manus, die Verschmelzung der Ehe mit der patria potestas, indem die Ehefrau dadurch zu ihrem Ehemanne in das Verhältniß einer Tochter trat, auffaßte, und zwar nur in einem Sinne, der den Römern singulär eigenthümlich war [2]), wogegen das Alt-Hamburgische Familienrecht sich auf das Mundium zunächst gründete.

Es wird also erforderlich sein, hier wenigstens die allgemeinsten Aufschlüsse über das Mundium zu geben. Nicht einmal das Wort kommt bei uns vor [3]), wiewohl die Ableitungen davon mündig, Vormund ꝛc. Um so weniger läßt es sich annehmen, daß das Mundium ein ausgebildeter Rechtsbegriff gewesen sei. Wir werden uns also auch hier davor hüten müssen, diese Alt-Germanische Rechtsauffassung erschöpfen zu wollen. Wir begnügen uns vielmehr damit, vor Verwechselungen des Mundiums mit andern Verhältnissen zu warnen.

---

1) Das Gesinderecht ist bereits § 17, so weit es uns hier interessirt, erörtert.

2) Vgl. darüber Savigny System 1, 352 ff. und Puchta Instit. 2, 277 ff. mit 1, 128.

3) Es ist deshalb Kraut Vormundsch. 1, 10 insofern beizustimmen, wenn er den überdies Lateinischen Ausdruck Mundium verwirft. Allein wenn er dafür Vormundschaft gebraucht, so ist damit nichts gewonnen, weil mit diesem Ausdruck jetzt auch Römische Ansichten verbunden werden, während das Mundium sich nun einmal als wissenschaftliche Bezeichnung für ein streng Deutsches Institut bei uns das Bürgerrecht erworben hat.

Digitized by Google

Heineccius[4]) erläutert es einmal durch potestas, ein anderes Mal durch protectio[5]), und erklärt endlich bestimmt[6]), es bestehe kein rechtlicher Unterschied zwischen potestas, tutela und mundium. Dieselbe Verwirrung der Begriffe trifft man bei Runde, der den Begriff des Mundium näher zu bestimmen nicht einmal für nothwendig oder nützlich gehalten zu haben scheint. Natürlich erlitt die Lehre von den Neuern eine andere Behandlung. Eichhorn[7]) erkennt geradezu einen Unterschied zwischen der väterlichen Gewalt des Römischen Rechts und dem Mundium an. Mittermaier[8]) bezeichnet es unter Bezugnahme auf Phillipps als eine Art Personengewehr, Cropp[9]) scheint das ursprünglich dem wehrhaften Manne zustehende Mundium als eine Pflicht zu betrachten, die Seinigen, seine Familie ebenso wie die Genossen seines Volksstammes zu schützen und gerichtlich zu vertreten.

Man muß mit Eichhorn entschiedener es aussprechen, daß das Mundium bei unseren Vorfahren ein ganz anderes häusliches Verhältniß bezeichnet habe, als die Römische potestas. Man hat sich dadurch, daß Mund und Hand im Altdeutschen gleichbedeutend und daß Hand auch für Gewalt gebraucht worden[10]), verleiten lassen, das Mundium mit der Römischen potestas und manus zu verwechseln. Aber schon nach den Germanischen Ansichten von Freiheit (§ 2 a. E.) läßt es sich von Vorn herein gar nicht annehmen, daß Beides dasselbe Maaß von Gewalt bezeichnet habe. Wenn Mund auch Hand bedeutet, so ist dies diejenige Gewalt, welche dazu erforderlich ist, um Jemanden vertreten zu können, es ist nichts mehr als Schutzrecht und Schutzpflicht[11]).

---

4) Elem. iuris Germ. I, 8, 165.
5) I, 6, 132.
6) I, 11, 261 Not.
7) Privatr. § 312.
8) Privatr. § 313.
9) Abh. 2, 429 ff. 443 ff.
10) Grimm R. A. S. 447. Im Isländischen heißt mund geradezu Hand. Vgl. Falck Schl. Holst. Privatr. 4, 97. Anm. 42.
11) Vielleicht darf es hier in Anschlag gebracht werden, daß man das im südlichen Deutschland für Vormund gebräuchliche Gerhab von Ger, Schooß, herleitet, und somit auch dadurch nur den Schutz bezeichnet. Grimm R. A. S. 466.

Digitized by Google

Das Mundium war da im Interesse, zum Schutz, zur Vertheidigung, nicht zur Zurücksetzung und persönlichen Unterdrückung der Betheiligten[12]). So wird noch heutiges Tages in den Vollmacht-Formularen dem Mandatar Macht und Gewalt verliehen, so wahrt in dem Sprüchwort Hand Hand, ohne daß an eine solche potestas gedacht wird, wie die Römische manus enthielt. Sehr bezeichnend werden diese Gegensätze in dem Ordel von 1270 III, 14 ausgedrückt (vgl. § 5. 32 a. E.). Der nächste Erbe muß wohl zur Wittwe in das Haus fahren, dat he beware dat gud, aber nur zum Rath und zur Bewahrung, anders en schal he nene wolt an deme gude hebben. So wird in Beziehung auf Sachen I, 12 (vgl. meine Vortr. 2, 2, 191) Gewalt von Gewehr, oder wie diese dort ausgedrückt wird, voremunde unterschieden. Dort soll gesagt werden, der Mann habe nicht blos das Recht gehabt, das Gut zu vertreten und zu vertheidigen, sondern auch in einer gewissen Ausdehnung darüber zu verfügen. Dies wird ausgedrückt, syn gud, des he voremunde is vnde weldich is[13]). Einige Analogie läßt sich zwischen den Begriffen Gewehr und Mundium nicht bestreiten. Aber ganz darf man Mittermaier darin nicht Recht geben, wenn er erklärt, was im Sachenrechte die Gewehr, sei im Familienrechte das Mundium gewesen. Denn wenn freilich nachgewiesen ist (meine Vortr. 2, 1, 136. 140), daß der Umfang

12) Auch Harder a. a. O. S. 28 bemerkt, das Mundium habe sich von der patria potestas dadurch unterschieden, daß es nicht, wie diese, ein selbstnütziges Recht des Vaters, sondern vielmehr eine im Interesse der Kinder und der Familie überhaupt (?) stehende Schutzherrschaft (?) war. Doch läßt sich dieser Ansicht nicht völlig, und ebenso wenig den sonstigen Erörterungen des geehrten Herrn Verfassers über die Natur der einzelnen beim Mundium vorgekommenen Verhältnisse durchweg beistimmen.

13) Die Auslegung dieser Worte in Kraut Vormundschaft I, 35 ist wohl als gewaltsam zu bezeichnen. Danach soll der Ausdruck des gudes voremund andeuten, daß er selbst keiner fremden Vormundschaft unterworfen sei. Für einen solchen wunderlichen Sprachgebrauch findet man nirgends eine Gewährstelle. Wenn Kraut S. 34 Anm. 4 zu unserem Ordel nur das Stader Statut als damit übereinstimmend citirt, so ist dies nach dem von mir bereits öfter über das Verhältniß unseres Statuts zu verwandten Gesagten zu berichtigen. Die Parallelen unseres Ordels s. in meinen Vorträgen 2, 2, 191 Anm. 3.

Digitized by Google

der Befugnisse, welche der Gewehrberechtigte an der Sache äusser deren Vertheidigung ausüben durfte, auf den Willen des vorigen Veräusserers der Gewehr zurückgeführt werden mußte, somit auch bei der Gewehr der Wille nicht äusser Betracht gelassen werden kann: so ist doch auch zugleich äusser Zweifel gesetzt, daß der Wille des Inhabers der Gewehr die Rechte derselben bestimmte (vgl. daselbst a. a. O. und 2, 2, 193), daß somit das Recht der Gewehr etwas Relatives enthielt, welches dem Mundium fremd ist, und wodurch dies eben sich von der Gewehr sowohl als von der potestas unterscheidet, indem es zunächst den Willen und das Interesse Desjenigen in Anschlag brachte, welcher zu dem Andern in dem Verhältnisse des Mundium ist. Läßt man diesen Willen des Veräusserers äusser Acht, so bleibt Vieles, was in unseren alten Ordelen vorkommt, namentlich die völlige Gleichstellung oder mindestens die Zusammenstellung von Mandat und Vormundschaft (vgl. § 99) unaufgeklärt. Darin trifft freilich Gewehr und Mundium zusammen, daß weder das eine noch das andere Verhältniß an sich das Recht der Verfügung und Veräusserung der Güter *ausschloß*, aber es ist weder in dem einen noch in dem anderen Verhältniß *nothwendig* enthalten. Auch darin läßt sich eine Aehnlichkeit zwischen den beiden Verhältnissen behaupten, daß wohl fast zu gleicher Zeit, da das Recht der Gewehr von den Römischen Begriffen des Eigenthums und Besitzes theils verdrängt, theils entstellt wurde, auch in das Mundiumsverhältniß Römische Ansichten sich eindrängten, und das Mundium gab das wichtigste in dem Eigenthum enthaltene Recht, das der Veräusserung: hier wie dort entwickelte sich eine solche Consequenz im Rechtsbewußtsein nur sehr allmälig. Ein solcher Zustand bildete sich auch noch auf eine andere Weise heraus. Die Schulden sollten aus dem ganzen Gute[14]) bezahlt werden, welches Mann

14) Harder Beitrag S. 49—54 meint freilich gegen Cropp, die Immobilien der Frau hätten nicht für die Schulden des Mannes gehaftet. Allein seine Argumente haben mich nicht überzeugt. Wie beschränkt man auch die Stellung und das Recht der Ehefrau auffassen will, so wird man ihr doch nicht, und wenigstens gewiß den Verwandten nicht (vgl. § 32. 33) ein Aufsichtsrecht streitig machen können, das sie ausüben konnten. Es war also ihre eigene Schuld, wenn sie darin Etwas verabsäumten, oder es müßte als eine solche

Digitized by Google

und Frau gehörte, sowohl bei Lebzeiten als wenn der Mann starb oder sich entfernte, in diesen beiden Fällen des Alt-Germanischen Concurses (vgl. Vortr. 2, 1, 26. 85). Es war der Begriff von dem Verfügungs- und Veräusserungs-Recht des Ehemannes bei unseren Vorfahren noch nicht zu einem klaren und deutlichen Bewußtsein oder zu einer wissenschaftlichen Stärke durchgedrungen, aber es folgte thatsächlich daraus, daß er Schulden machte und machen konnte. In wie fern das Verwandtenrecht (vgl. § 32) dieser factischen Gewalt vorzubeugen vermochte, ist hier noch nicht zu erörtern, sondern erst da, wo die Güterverhältnisse unter den Eheleuten speciell betrachtet werden müssen (§ 49 ff.). Eben so wenig kommt es hier schon in Erwägung, wie der Conflict zwischen dem Erbgüterrecht und jenem Recht der Gläubiger beseitigt worden ist. Aber so viel muß hier im Allgemeinen festgehalten werden, daß, was die Beziehung der Personen zum Sachenrecht betrifft, nicht aus dem Mundium an sich oder gar allein die Natur des Güterrechts der Eheleute zur Zeit unserer ältesten Statute beurtheilt werden kann. Hier genügt es zu bemerken, daß dies Verhältniß eine Alt-Germanische Gemeinschaft war, wie dieselbe in meinen Vorträgen (2, 2, 252 ff.) nach einigen ihrer eigenthümlichsten Züge dargestellt und mit dem fingirten Gesammteigenthum häufig bisher verwechselt worden ist. Wenn man diesen Gesichtspunkt nicht festhält, so versteht man, um dies hier im Voraus zum Nachweise der Wichtigkeit der gegenwärtigen Präliminar-Erörterung zu erinnern, nicht, warum fortwährend in unseren

---

Negligenz angesehen werden, wenn die Schulden des Mannes eine solche Ausdehnung erlangten, daß auch die Immobilien der Frau in Gefahr geriethen. Man darf auch wohl sagen, daß, wenn für den Fall des Ordels IV, 3 von 1270 [vgl. Cropp Crim. Beitr. 2, 2, 279 ff. und zu den dort citirten Parallelstellen Stat. Stad. III, 3 (Puf. I app. p. 187) Rig. 46 (Puf. III app. p. 239) Lub. Cod. Hach. III, 283], nämlich zum Ersatz unrechten Gutes selbst sein eigenes Erbgut angreifen kann, es ungereimt sein würde, das unbewegliche Erbgut der Frau davon auszuschließen. Kann er aber sogar eine Vergabung (vgl. Sachsensp. 1, 52, 3), wie sie hier offenbar gemeint ist, ohne Widerspruch der Verwandten sich erlauben: so hat wohl das Haften des unbeweglichen Erbguts seiner Frau im Falle seiner Verschuldung bei seinem Ableben noch weniger Bedenken.

Digitized by Google

alten Ordeln mit einer unverkennbaren Aengstlichkeit darauf gedrungen wird, ja zuvor die Schulden aus dem ganzen Gute zu berichtigen, warum das sich gleich nach Berichtigung der Schulden in scheinbar willkührliche Theile zersplitternde Ganze grade so und nicht anders genannt wird, warum abgetheilte Kinder als aus dieser Gemeinschaft ausgeschlossen behandelt werden, und darum gar nicht miterben, selbst warum das Ordel von der Gemeinschaft III, 16 (vgl. meine Vortr. 2, 2, 256 ff.) grade an dieser Stelle, d. h. mitten zwischen den Ordeln über die Güterverhältnisse zwischen Ehegatten und Kindern, steht, und in den Statuten von 1292 und 1497, so wie im Lübischen Rechte (vgl. Cod. Hach. IV, 16) ausser diesem Zusammenhang unter allerhand vermischte Bestimmungen sich verloren hat. Die Gemeinschaft unter den Eheleuten ist so sehr Selbstverstand, daß es in dem alten Ordel unter den dort aufgeführten Beispielen gar nicht als eins derselben aufgeführt wird. Uebrigens müssen wir schon hier darauf hindeuten, daß bei der Beurtheilung der unter den Eheleuten, und zwar nicht auf den Grund des Mundiums, wodurch nichts erläutert würde (§ 52), bestehenden Gemeinschaft unsere Ermittelungen über die Natur dieses in Beziehung auf Sachen unter Personen bestehenden Verhältnisses zu benutzen sind. So wenig als das Recht der Gewehr irgend mit dem Römischen Universalbegriff von Eigenthum und Besitz verwechselt werden darf, ebenso wenig ist der Begriff von Eigenthum oder gar von Gesammteigenthum, ein ohnehin barocker Begriff, in das Güterrecht unter Eheleuten ursprünglich hineinzutragen. Nur dann, wenn man den Germanischen Begriff der Gemeinschaft in seiner Reinheit auffaßt, erklärt sich die sonst wunderliche Art und Weise, wie es mit dieser Gemeinschaft unter Eheleuten gehalten wird, wenn das Band selbst, der Entstehungsgrund der Gemeinschaft, wegfällt oder verändert wird durch Tod, Ehescheidung ꝛc. (§ 59 ff.). Was man sich bis jetzt gewöhnt hatte, in den alten Ordeln als willkührliche gesetzliche Bestimmungen zu betrachten, ja was sich bei der herkömmlichen doctrinären Auffassung dieser alten Rechtszustände, hauptsächlich auch darum, weil man sich blos darüber stritt, ob darin eine Gütergemeinschaft zu finden sei oder nicht, nur als gewaltsame isolirte Satzung ansehen ließ: das tritt mit einander in einen organischen, wenigstens von den übrigen

Digitized by Google

Rechtsverhältnissen gar nicht abweichenden Zusammenhang. Es kann als ein Verdienst unserer Auffassung, wenigstens aber als ein Beweis ihrer historischen Richtigkeit gelten, daß das Ziel des Pragmatismus damit erreicht, oder doch erstrebt wird, welches man bisher vernachlässigte und verfehlte.

Wenn in dem Vorstehenden nun das häusliche Verhältniß in Beziehung auf Güter und Sachen nach seiner allgemeinen Erscheinung betrachtet ist, so muß ebenso sehr von demselben, so weit es sich auf die Person selbst und deren Behandlung beschränkt, gesagt werden, daß die wenigen Rechtsbestimmungen, welche wir desfalls in den alten Ordelen antreffen, und mit denen wir uns weiterhin (§ 44 ff.) im Einzelnen beschäftigen werden, nicht auf das Mundium als das bloße Schutzrecht, in so weit dasselbe als ein Recht anzusehen ist, zurückgeführt werden können, sondern vielmehr an sich in derjenigen despotischen Regierungsform des häuslichen Regiments ihre Erklärung und Rechtfertigung finden, welcher man wohl bei allen Nationen auf der ersten Stufe ihrer rein-menschlichen und natürlichen Entwickelung ohne den Einfluß des Christenthums begegnet, und die sich selbst noch in der gegenwärtigen Zeit bei allen nicht von diesem Glauben durchdrungenen, blos natürlichen Menschen in einem so starken Grade geltend macht, daß selbst unter den Radikalen, Liberalen und Progressisten unseres Jahrhunderts vielleicht in ihrem Häuslichen viel ärgere Despoten vorkommen, als bei den als Dunkelmänner und Retrograde verschrieenen Verehrern des Bestehenden.

Wenn man vielmehr über die Natur des Mundium in unseren ältesten Ordelen ebenso wenig als über das Wesen des Gewehrrechts vielen Bestimmungen begegnet, so erklärt es sich vielleicht auch daraus, daß beide Rechtsverhältnisse an sich zu nationell und hergebracht waren, um besondere Zweifel anzuregen oder sonst Rechtsgränzen erforderlich zu machen, und wenn dagegen, was daselbst hinsichtlich der Gewalt namentlich des Ehemannes über die Person seiner Ehefrau wiederholt vorkommt, nur daraus erklärlich wird, daß hier nothwendig erschien, das Gebiet der Sitte durch rechtliche Vorschriften zu beschränken[15]), so läßt sich auch

15) Vgl. auch Falck Schl. Holst. Privatr. 5, 4.

Digitized by Google

hierin eine indirecte Bestätigung davon finden, daß eben nicht das Mundium als Quelle dieser Gewalt betrachtet worden sein kann. Sonst wäre es fast unbegreiflich, warum unsere Ordele über die elterlichen Rechte an der Person ihrer Kinder, über die Rechte der Vormünder an der Person der Pflegbefohlenen, gar nichts enthalten, und zweimal dagegen auf das s. g. Züchtigungsrecht des Ehemannes zurückzukommen für nothwendig erachtet haben. Wenigstens finde ich keinen plausibeln Grund so wenig dort für das Stillschweigen als hier für die Unterbrechung desselben in jenen Ordelen.

§ 35.

Altersunterschied.

Nirgends so sehr als hier in dem speciellen Familienrecht kam es einst, und kommt es zu allen Zeiten in Betracht, welchen Einfluß das Lebensalter auf das Personenrecht ausübt. Die Hülflosigkeit des Menschen in seinen ersten Lebensjahren zwingt die Natur, für ihn durch Andere zu sorgen, und die Sitte sorgt hinreichend für sein Interesse unter dem elterlichen Obdach. Unsere ältesten Rechte gedenken dieses Zustandes gar nicht. Wir haben (§ 5) gesehen, daß selbst dann, wenn die Wittwe das eheliche Kind noch nicht geboren hat, unser Recht sich zunächst nur ihrer und nicht des Kindes unmittelbar annimmt; es schien das Interesse des Kindes durch Natur und Sitte genügend berücksichtigt zu sein. Erst wenn dieser Zustand der Hülflosigkeit aufhört, wenn das reifere Alter die Selbstständigkeit, das Verlassen der elterlichen Pflege und Obhut möglich macht, pflegt mit der Sitte auch das Recht einzuschreiten. Das Römische Recht[1]) ist hier durch scharfe Abtheilungen nach bestimmten Stufenjahren[2]), durch die Fiction einer Pubertät und durch den Termin eines andern Rechtszustandes, der dort mit Volljährigkeit bezeichnet wird, eigenthümlich. Wir werden nothwendig auch hier, wie überall von diesen willkührlichen Ansichten eines fremden Rechts absehen müssen, wenn wir unser vaterländisches in seiner ursprünglichen Reinheit erkennen wollen.

---

1) Vgl. darüber Puchta Instit. 2, 318 ff. Savigny System 3, 23 ff.

2) Wobei es einer alten Ansicht von den siebenjährigen Perioden des menschlichen Lebens folgte.

Digitized by Google

Schon die Stelle bei Tacitus Germ. 13 weist auf die Germanische Auffassung dieser Verhältnisse hin. Bei dem männlichen Geschlecht bestimmte nicht etwa, wie man gewöhnlich annimmt, die Wehrhaftigkeit, die Waffenfähigkeit an sich den wichtigen Lebensabschnitt, wo es aus dem elterlichen Hause ins öffentliche Leben übertrat, sondern die Erklärung der Volksversammlung, daß man Waffen tragen dürfe. In diesem Sinne erachtet das Lübische Recht Cod. Hach. I, 85. II, 71. III, 32 Knaben, die sich mit Waffen verwunden, nicht dem Gerichte, sondern der elterlichen Zuchtruthe unterworfen, wobei freilich die Bestimmung von zwölf Jahren neueres Recht ist, oder sich doch nicht als ursprünglich Germanisch nachweisen läßt[3]). Der Grundsatz, daß nicht das Lebensjahr, sondern die wirkliche körperliche Reife und deren Anerkennung darüber entscheidet, ob man fähig ist, sich selbst zu vertreten, darf für die spätere Germanische Zeit vor der Einwirkung Römischer Rechtsansichten ohne Grund nicht als aufgegeben angenommen werden. Es scheinen die Stufenjahre des Römischen Rechts die Germanisten verleitet zu haben, im Deutschen Recht Aehnliches aufzuspüren. Der Unterschied zwischen „binnen seinen Jahren" und „binnen seinen Tagen," den zuerst 1769 Peter Müller, dann 1827 Homeyer, später Grimm R. A. S. 412, Mittermaier Privatr. § 41, Eichhorn Rechtsgesch. 2, 649 Anm. a, Kraut 1, 146, Lappenberg zum Billw. Recht S. 35, Harder S. 22, ferner Maurenbrecher Privatr. S. 287 Anm. 8, Falck a. a. O. 4, 100 Anm. 53 im Sachsenspiegel gefunden haben, und womit der Römische Unterschied zwischen minores und puberes ausgedrückt sein soll, so daß 12 Jahre die Mündigkeit und 21 die Volljährigkeit bezeichnen würden, — dieser Unterschied erinnert zu sehr an Römische Willkühr, um nicht stutzig zu machen; er läßt sich mit der Aeusserung des Tacitus gar nicht vereinigen. Erwägt man den großen Einfluß, den das Recht der Gewalt

3) Wir werden unten § 37 Anm. 3 mehrere Stellen des Lübischen Rechts in seinen älteren Redaktionen nachweisen, wo Römisches Recht sich ganz unverkennbar geltend gemacht hat, ungeachtet auch in Lübeck selbst bis in das sechzehnte Jahrhundert Alles aufgeboten wurde, den Einfluß des „kaiserlichen" Rechts abzuwehren, vgl. Michelsen der Oberhof zu Lübeck S. XI.

Digitized by Google

von jeher ausgeübt und Jahrhunderte hindurch bei uns behauptet hat (vgl. meine Vortr. 2, 1, 75 ff.), so reimt auch damit sich schlecht die Ansicht, es allein auf das Alter, auf ein bestimmtes Jahr ankommen zu lassen, um einem Manne das Recht einzuräumen, sich selbst zu helfen. Die vielen unbestrittenen Varianten in den Handschriften des Sachsenspiegels (vgl. Kraut 1, 146 Anm. 7) machen es mindestens zweifelhaft, da man den Abschreibern früherer Zeiten die Unwissenheit nicht etwa wie jetzt, zumal nicht in Sachen, die die allgemeine Rechtsansicht für sich hatten, zutrauen kann. Endlich trägt der Umstand, daß ausser vielen sonstigen auch unsere Statute den Unterschied nicht kennen, gewiß nicht zur Aufrechthaltung der Hypothese bei, und selbst Grimm räumt ein, daß die Homeyersche Unterscheidung wenigstens durch den Sprachgebrauch nicht bestätigt werde, so wie es denn nicht ganz geeignet erscheint, von Jemandem, der ein für Alle vorgeschriebenes Stufenjahr erreicht hat, auszusagen, er sei zu seinen Tagen oder Jahren gekommen.

Untersucht man nun den Sachsenspiegel selbst, in dem die Stufenjahre gefunden worden sind, so braucht man hier nicht etwa, wie in einem andern Falle (§ 20), der Vermuthung Raum zu geben oder einen besonderen Werth beizulegen, als ob hier wieder eine Theorie des Anhaltischen Ritters zum Vorschein käme; sondern es scheinen seine eigenen Aeusserungen selbst nicht Dasjenige zu beweisen, was man ihnen Schuld giebt.

Die Stelle 1, 42 beweist nämlich für den Unterschied nichts, der zwischen dem zu seinen Jahren und zu seinen Tagen Gekommensein gemacht wird. Es heißt dort nicht etwa, Jemand könne noch nicht 21 Jahre alt, und doch schon zu seinen Jahren gekommen sein. Wer sich von der Römischen Rechtsansicht nicht losmachen kann, legt dies in die Stelle hinein. Es wird blos gesagt, ist Jemand über 21 Jahre alt, so wird von ihm angenommen, daß er zu seinen Tagen gekommen sei. Aber wenn man sein Alter nicht weiß, so giebt es bestimmte äusserlich sichtbare Merkmale, wonach man annimmt, daß er diesen Lebensabschnitt erreicht habe. Alsdann kann er thun, was immer (ſves) er soll oder will, selbst zum gerichtlichen Zweikampf sich stellen. Weil er nun eben sich selbst vertreten kann, so kann er auch seines Weibes Vormund sein, eben weil er zu seinen Jahren gekommen

Digitized by Google

ist, weil er das 21. Jahr erreicht, oder sonst die äusseren Kennzeichen davon hat. Ueber sechszig Jahre ist er über seine Tage hinausgekommen. Vor dem einen und nach dem andern Zeitabschnitt ist er nicht gezwungen, einen Vormund zu nehmen, nur wenn er es will, soll es ihm nicht an seiner Ehre schaden, aber er muß sich, wenn es erforderlich ist, eines Vormundes versichern, und da wird denn der Fall hervorgehoben, wenn er vor Gericht eine Klage hat.

Die Eigenthümlichkeiten dieser Vorschrift und ihre Abweichungen vom Römischen Recht [1]) bestehen darin:

1) daß sie nur eine einzige Altersstufe für die Jugend annimmt,

2) daß sie diese nicht allein an ein bestimmtes Lebensjahr, sondern

3) falls dies nicht zu ermitteln ist, oder vielmehr wenn man es nicht weiß, an äussere Umstände knüpft, denen (vgl. Vortr. 1, 2, 339 ff.) bei der Zurechnung überhaupt ein entscheidender Einfluß eingeräumt wird,

4) daß sie auch eine Altersgränze für das Alter festsetzt.

Eben aber weil nicht allein das Jahr 21 über die Altersgränze nach der Jugend hin und eben so wenig das Jahr 60 über diejenige nach dem Alter hin entscheidet, so kann Jemand, der sonst die gehörige Reife hat, schon vor dem 21. Jahr, und wer noch die erforderliche Mannskraft besitzt, noch über das 60. Jahr hinaus selbstständig handeln. Er bedarf keines Vormundes; allein er muß alsdann durch äussere Kennzeichen seine Fähigkeit beweisen, welcher Beweis für den Jüngling wegfällt, wenn man das 21. Jahr darthut. Zu seinen Tagen kommen heißt, die erforderliche Fähigkeit besitzen, zu seinen Jahren, das erforderliche Altersjahr, wiewohl auch dieser Sprachgebrauch keineswegs regelmäßig beobachtet wird.

Wer zu seinen Tagen gekommen ist, wird als Christ sendpflichtig, I, 2, 1. Dem Gerüchte sollen alle Waffenfähigen folgen,

---

1) Auch Kraut in den Gött. Gel. Anh. 1847 S. 1890 spricht sich bestimmt dahin aus, es sei unzulässig, den Römischen Unterschied zwischen impubes und minor XXV annis auf den Deutschen Mündel zu übertragen.

Digitized by Google

wenn sie das erforderliche Altersjahr haben, und Waffen tragen können, 2, 71, 4 [2]).

Wir erkennen in diesen Vorschriften das Princip wieder, welches schon Tacitus als den Deutschen eigenthümlich bezeichnete. Aber es bedurfte schon nicht mehr einer öffentlichen Erklärung vor der Volksversammlung; sondern statt dessen soll an bestimmten Zeichen jetzt das waffenfähige, mündige Alter erkannt werden können, und für den Privat-Verkehr wird auch ein bestimmtes Stufenjahr dazu bereits als genügend angenommen, wiewohl dasselbe ausschließlich so wenig für die Selbstständigkeit, für den Austritt aus dem elterlichen Hause erforderlich ist, als es für die Handlungen genügt, zu denen es der Waffenfähigkeit, oder sonstiger besonderer Eigenschaften bedarf.

Wie wenig die Stufenjahre des Sächsischen Landrechts sich im Rechtsgefühl des Volks geltend gemacht haben, beweisen die nur in dieser Hinsicht, sonst aber in den Grundsätzen gar nicht abweichenden Hamburgischen Ordele. Es scheint mir übrigens nicht ein Deutsches Recht nachgewiesen werden zu können, in welchem unabhängig vom Römischen Einflusse, etwa

2) Nach der Homeyerschen Distinction würde hier eine Absurdität entstehen. Man muß 21 Jahr alt sein, um zu den Synodalgerichten verpflichtet zu sein sich einzufinden, vor denen so viele wichtige Civil- und Criminalsachen verhandelt wurden (vgl. nach Kopp und Biener Richter Kirchenr. S. 350 und 402); aber schon der zwölfjährige Knabe muß, wenn man ihm nur nachweisen kann, er sei waffenfähig, dem Gerüchte folgen, somit Zeugniß und Beistand bei einer der wichtigsten criminalgerichtlichen Handlungen leisten. Also einerseits genügte zu zwei, beide so bedeutenden gerichtlichen Verpflichtungen, von denen sich kaum sagen läßt, daß eine wichtiger gewesen ist in den Augen des Volks, als die andere, hier das jüngere Alter, dort nicht, andererseits war hier ausser dem Alter noch ein besonderer Beweis, dort nur eben das Alter erforderlich. Ungezwungener und zusammenhängender erklären sich beide Bestimmungen, wenn man in beiden Fällen nicht das Lebensjahr, sondern die sonstige Qualification für das wesentliche Erforderniß ansieht, und hier Waffenfähigkeit, dort den erforderlichen Grad der Intelligenz als Bedingung betrachtet, um zu seinen Tagen oder Jahren gekommen zu sein, wobei die Jahrszahl nicht so ausschließlich für entscheidend erachtet wurde, wie z. B. in den Fällen des Sachsenſp. 2, 58, 3.

Digitized by Google

z. B., wie Kraut 1, 112 ff. nachzuweisen sucht, zwölf Jahre eine anderweitige, der Pubertät entsprechende Altersstufe gewesen wären. Vielmehr scheint unser ursprüngliches Recht, wo es sich rein erhielt, den natürlichen und gewiß auch legislativ sehr zu vertheidigenden Grundsatz festgehalten zu haben, daß es zur Mannbarkeit, zur Selbstständigkeit, zu gerichtlichen Handlungen, zum Austritt aus dem Hause und aus der Zucht der Eltern, nicht auf die Jahre, sondern auf die Fähigkeit ankomme, daß Jemand zu seinen Tagen gekommen sein müsse, und daß, wenn es legislativ angemessen sei, ein Lebensjahr dafür ebenfalls festzusetzen, dies keine absolute Norm abgeben dürfe. Darum war ihnen das Römische Institut der venia aetatis [3]), welches sich nur als ein Flickwerk zur Neutralisirung der Nachtheile des steifen Normal-Termins betrachten läßt, ebenso unbekannt als überflüssig.

§ 36.

Unsere Ordele.

Wenn man das Germanische Recht nicht in der Art auffaßt, wie es eben von uns, bedeutenden Autoritäten gegenüber (§ 35), gewagt worden ist, so bleiben viele Bestimmungen in unseren alten Ordelen unverständlich, ja für den Römischen Juristen inept. Harder a. a. O. S. 23 nimmt an, für Hamburg sei die Mannbarkeit mit dem dreizehnten Jahre eingetreten. Dazu findet sich aber in den Ordelen, wie er das selbst eingestehen muß, nicht der entfernteste Anhalt, so wenig als für seine, wie er selbst erklärt, nicht etwa aus den z. B. von Kraut allegirten Stellen Altdeutscher Rechte, sondern lediglich aus Römischem Rechte S. 24 geschöpfte Vermuthung, es habe bei uns mehr als eine Altersstufe für die Jugend stattgefunden. Dagegen kann man allerdings nicht verkennen, daß die Bedürfnisse des städtischen Lebens an das Recht andere Anforderungen in dieser Hinsicht machen, und daß hier der Lebensabschnitt, wo der Sohn das elterliche Haus verläßt, eine besondere Bedeutung erlangt. Deshalb vielleicht wird in dem Ordel von 1270 IX, 24, welches die Nachbaren verpflichtet, zum Gerüchte und zum Zetergeschrei zu kommen, nicht die Eigenschaft, welche der Sachsenspiegel (s. § 35)

3) Vgl. darüber Puchta Inst. 3, 204.

Digitized by Google

fordert, daß nämlich Diejenigen, welche zu ihren Tagen gekommen, sich einzufinden haben, sondern nur allgemein verlangt, de dar by gesceen syn [1]), weil aus dieser Eigenschaft die sonstigen Fähigkeiten zu einer solchen Handlung von selbst sich ergaben. Ja in einem anderen Ordel (X, 3) scheint auf diesen Umstand gar kein Gewicht gelegt zu werden, indem hier allgemein zu dem Geschrei nur die Nachbaren genügend erachtet werden, ohne sie weiter zu bezeichnen.

Wenn wir uns nun zu den drei Ordelen insbesondere wenden, in denen bestimmte Vorschriften über den fraglichen Gegenstand anzutreffen sind: so wird man hier, wie überall, wo diese bestimmten Vorschriften unvollständig sind, nicht vergessen dürfen, daß Sitte und Gewohnheit die rechtlichen Lücken ausfüllten, und nur eben das charakteristisch finden müssen, daß man Manches nicht für nöthig erachtete, positiv zu bestimmen, wo wir, an das Römische Recht gewöhnt, solche positive Vorschriften unentbehrlich finden und darum vermissen.

Wir wollen nun zuerst die drei Ordele zusammenstellen, und danach (§ 37) die Erörterung der darin enthaltenen Grundsätze über das Lebensalter und die Mündigkeit folgen lassen.

Das erste Ordel hat uns schon öfter und zuletzt oben § 34 beschäftigt (s. auch unten § 72). Es steht 1270 I, 12, und handelt von der uralt Hamburgischen Erbtheilung, zu der man Diejenigen holen lassen soll, auf die das Gut und Erbe zu Recht fallen wird, unde de to eren iaren komen sint vnde mundich sint. So lesen bis auf eine, von der auch sonst (vgl. Lappenb. Vorr. S. C) der geringere Werth ausser Zweifel ist, und welche die drei letzten Worte wegläßt, alle Handschriften. So lesen alle verwandten Rechte (vgl. meine Vortr. 2, 2, 191 Anm. 3) so alle unsere späteren Statute, selbst das neuste von 1605 3, 1, 11. Der „gute Mann" soll dann fragen, ob Jemand der Theilung oder Gabe widersprechen wolle, er soll dann sofort (alto hand)

1) So auch die verwandten Rechte, ausser unserem von 1292 M, 20, 1497 M, 16, Stad. VI, 21 (Puf. I app. p. 206) Rig. 126 (Puf. III app. p. 264) Lub. Hach. III, 375. Die Qualification fehlt Verd. 168 (Puf. I app. p. 130), findet sich dagegen wieder Brem. d. 1428 4, 12 (p. Oelr. 385).

Digitized by Google

widerſprechen. Schweigen die Erben, und widerſprechen ſie nicht, und kann man dies mit Rathmannen bezeugen, ſo bleibt es, ganz im Sinne des Landrechts (2, 6, 2), kräftig. Mer, heißt es am Schluſſe,

> mer alſodan recht, alſo byr beſcreuen ſteit, dat mach nen vrouwe wedderſpreken ofte vulborden ane vormunt, vnde ok nen kynt, dat benedden twyntich iaren is.

So leſen alle Handſchriften ohne Ausnahme, ebenſo alle verwandten Rechte [2]). Aber unſere ſpäteren Statute weichen davon ab, und ſchon 1292 ſetzt ſtatt zwanzig achtzehn Jahre, und dies iſt ſelbſt 1605 ſo geblieben.

Das zweite Ordel von 1270 IV, 1 heißt ſo:

> So we monnik ofte cloſter vrouwe wert, de ne mach nen erue upnemen noch mit eruen deelen. Is he auer bynnen ſinen iaren darynne geuen, vnde varet he dar vth alſo he erſt to ſinen iaren kumpt, ſo mot he wol erue upnemen vnde mit eruen deelen na ſtat rechte.

Unſere Statute von 1292 F, 1 und 1497 J, 29 leſen von noch mit eruen deelen an dagegen:

> de darin komen is mit goede. Komet we och darin, vnde blift he alſo langhe darinne wante he horſam deit, ſo ne mach he nein erue uorderen noch vpnemen, noch mit eruen delen.

Die verwandten Statute Rig. 44 (Puſ. III app. p. 239) und Lub. Cod. Hach. III, 281 leſen das Ordel wie unſer Statut von 1270. Dagegen heißt es im Stad. III, 1 (Puf. I app. p. 186) nach noch mit eruen delen: Jt ne wille ome dhe vrint gheuen dhor vrintſcap ofte dhor leve. anders ne mogben ſe nicht hebben van erer olderen gode.

Zum geſchichtlichen Verſtändniß des alten Ordels muß man aus c. 2. 3. 4. 6. C. XX Qu. 1 wiſſen, daß im ſiebenten, achten und neunten Jahrhundert das Canoniſche Recht ausdrücklich feſtgeſetzt hatte, daß, wenn Eltern ihre Kinder ins Kloſter gebracht, dies unwiderruflich ſei. Aber 1170 und 1195 wurde beſtimmt, daß das Kind alsdann ſich, wenn es zu den Discretionsjahren gekommen, und als dieſe wird das vollendete vierzehnte Jahr

2) Vgl. meine Vortr. 1, 2, 429 Anm. 2.

Digitized by Google

bezeichnet, erst zu erklären habe, und wieder austreten dürfe c. 8. 14. X. de regular. (3, 31). Erst im sechszehnten Jahrhundert hat das Trienter Concil anderweitige Bestimmungen getroffen. Im Sachsenspiegel I, 25, 2 heißt es: Monket man auer en kint binnen sinen iaren, it mut wol binnen sinen iaren [eine Handschrift aus dem Anfang des vierzehnten Jahrhunderts (s. Homeyer Einl. S. XXX) liest dagen] vtuaren, vnde behalt lenrecht vnde lantrecht.

Das dritte Ordel steht 1270 V, 3, und lautet folgendermaaßen:

> Noch pape noch vrouwe noch mannes houet benedden XVIII iaren ne mach sake vorderen vor rechte, noch antworden, noch gud aplaten ofte genen ane voremunt. Vnde den voremunt schal he vor deme rade kesen.

Alle Handschriften bis auf eine schlechte, welche XX für XVIII Jahre hat, lesen übereinstimmend. Ebenso mit Ausnahme des Anfangs (s. unten § 38 Anm. 8) das Statut von 1292 O, 3 und von 1497 D, 3, welches Letztere am Schlusse hinzufügt:

> is id dat he nene elike edder sellede vormunder heuet.

Das Statut von 1605 I, 9, 1 hat den Termin von 18 Jahren beibehalten; er ist im Concept der Gerichtsordnung von 1711 8, 1 auf 20, und erst am 4. September 1732 für Mannspersonen auf 22, für Mädchen auf 18, wo diese jetzt unter Curatel kommen, erhöht worden.

Das Ordel findet sich nur im Stader (IV, 3 Puf. I app. p. 189) und Lübecker Statut (Cod. Hach. III, 291), nicht aber im Rigaer; warum das Letztere nicht, ist bisher unermittelt[3]).

Noch ist zu bemerken, daß das Billwärder Landrecht sowohl in seiner ursprünglichen als auch in seiner 1603 erhaltenen Gestalt Art. resp. 48 und 43 bestimmt:

> To achteyn iaren so synd kinder mundich ore gued to warende vnde dat wedder to esschende.

Uebrigens darf es hier ebenso wenig unerwähnt bleiben, daß sich 1270 X, 4 die zwar in den oben § 28 allegirten Stader, Rigaer und Lübischen Rechten beibehaltene, aber bei uns 1292 N, 4 und 1497 O, 11 in den uns hier interessirenden Umständen gänzlich abgeänderte Vorschrift über das Verbrechen der Entführung

3) Vgl. meine Vortr. 1, 2, 429 Anm. 1.

Digitized by Google

findet, wonach darauf für den Entführer, falls das Mädchen freiwillig ihm folgt, keine Brüche stehen, wenn sie 16 Jahre alt ist oder darüber, aber die höchste Geldbuße [4]), wenn sie noch nicht so alt ist. Die Entführte soll zur Strafe keinen Antheil an ihrer Eltern und ihrer Verwandten Gut haben, ausser welchen sie ihr freiwillig zugestehen. Harder S. 23 will mit diesem Ordel beweisen, daß dem mannbaren Alter schon eine gewisse Selbstständigkeit eingeräumt sei. Aber dies liegt wohl nicht in dem Ordele, das die Geldbuße des Entführers von dem Alter der Entführten abhängig macht, ganz in dem Geiste der Deutschrechtlichen, namentlich auch criminalrechtlichen Imputation, wonach äusseren und besonders solchen gesetzlich bestimmten Umständen ein absoluter Einfluß auf die Zurechnung einer Handlung eingeräumt wird [5]). Für die Entführte giebt das angegebene Altersjahr keine Folgen, vielmehr ebenfalls wiederum ganz in dem altnationalen Sinne trifft sie der Verlust des Erbrechts, ohne daß das Alter bei ihrer Einwilligung in die Entführung berücksichtigt wird. Es kommt dies mit der von uns anderweitig [6]) mitgetheilten Beobachtung überein, daß Kinder keineswegs als straflos in unseren Rechten betrachtet worden sind, so wie man überhaupt den Zuständen der Unzurechnungsfähigkeit bei uns nicht die Strafloſigkeit zugestand, welche ihnen die neueren Criminalgesetzgebungen aus Vernunftgründen eingeräumt haben. Daher macht für die Entführte das Alter keinen Unterschied bei der Frage, ob sie das Erbrecht verliert oder nicht, und es ist sonach dies Ordel X, 4 höchstens dafür als Beleg anzunehmen, daß man dem Entführer gegenüber das Mädchen von 16 Jahren für mannbar angesehen haben mag, ohne diesem damit irgend eine größere Selbstständigkeit einzuräumen, als dem Jüngeren.

---

4) Unter beteren mit synes sulues halse versteht Harder S. 89 die Todesstrafe. Dem ist nicht beizupflichten. Der Ausdruck beteren bezeichnet, wie ich das in meinen Vortr. über Strafen nachgewiesen habe, die Geldbuße, und mit jenem Zusatze die höchste (val. oben § 33 und unten § 44). Darauf muß man hier um so mehr den Ausdruck beschränken, da er dem „keine Brüche thun" entgegengesetzt ist.

5) Vgl. meine Vortr. 1, 2, 392 ff. S. auch unten § 38.

6) Vgl. meine Vortr. 1, 2, 428 ff.

Digitized by Google

§ 37.

Die Theorie unserer Ordele.

Ueber die Rechtsauffassung, welche unseren eben erwähnten drei Ordelen hinsichtlich des Normalalters zum Grunde liegt, giebt es sehr abweichende Ansichten.

Die von mir selbst früher[1]) vertheidigte Meinung, wonach in dem Ordel von 1270 I, 12 das bencdden 20 iaren als ein bloßer Schreibfehler für 18 Jahre anzusehen wäre, muß so lange, bis sich nicht eine andere Erklärung aufspüren läßt, schon darum hier ganz zurückgewiesen werden, weil sie mit der Harmonie sowohl aller Handschriften als auch aller verwandten Rechte im Widerspruche steht.

Lappenberg in seiner Separat-Ausgabe des Billwärder Rechts von 1498 S. 35 und ferner in seiner Einl. zu den R. A. S. LXIX nimmt achtzehn Jahre als den hiesigen, auch mit dem Lübischen Rechte übereinstimmenden gewöhnlichen Termin der Mündigkeit für Jünglinge an, und betrachtet I, 12 als einen besondern Fall, wo zwanzig Jahre erfordert worden sein. Ungeachtet aber auch Harder S. 23 sich auf diesen Gewährsmann stützt, so läßt sich doch wohl bei einer näheren Erwägung der Ansicht desselben nicht beipflichten. Es bleibt bei dieser Ansicht unbegreiflich, wie schon 1292 eine Aenderung auch für diesen besondern Fall hätte eintreten, und ohne Weiteres der Termin auf 18 Jahre herabgesetzt werden können. Es bleibt ferner unbegreiflich, warum unser Recht jemals veranlaßt worden sein könnte, in dem Falle der Erbtheilung eines Verwandten keine Kinder unter 20 Jahren zuzulassen, dagegen schon mit 18 Jahren ihnen nach V, 3 gerichtliche Verhandlungen, Auflassungen, Vergabungen, also nicht nur nicht weniger bedeutende, sondern sogar dieselben und sogar erheblichere Handlungen mit rechtlicher Wirksamkeit zu erlauben. Denn die Auflassung, die Gabe in dem Falle V, 3 konnte das ganze wirkliche Vermögen betreffen; das Stillschweigen in dem Falle I, 12 beschränkte sich doch allemal auf einen einzelnen künftigen Erbtheil. Dann aber geräth man auch mit IV, 1 in Verlegenheit. Den Ausdruck binnen und to sinen iaren versteht Harder S. 22

1) Vgl. meine Vortr. 1, 2, 429 Anm. 2.

Digitized by Google

freilich von der eintretenden Mannbarkeit, und unterscheidet davon nach der Homeyerschen Hypothese (s. oben § 35) die eintretende Volljährigkeit. Allein man kann doch das Willkürliche dieser Auslegung unseres Ordels gar nicht in Abrede stellen, da unsere Statute so wenig als ihre Verwandte dazu einen Anhalt gewähren. Ausserdem entsteht alsdann zwischen diesem Ordel und den andern beiden ein nicht zu beseitigender Widerspruch. Das Ordel IV, 1 gestattet Demjenigen, der to sinen iaren kumpt, Theilung und Aufnahme der Erbschaft, wogegen die anderen beiden Ordele dies und ähnliche Rechtsgeschäfte erst mit dem achtzehnten und zwanzigsten Jahre für zulässig erachten. Ferner weiß man dann nicht recht, was der Zusatz na stad rechte bedeuten soll, bei dem in der Regel doch wohl vorauszusetzen ist, daß man entweder einem ganz eigenthümlichen oder doch uralten Rechte begegnet, während man bei der Harderschen Interpretation ja in IV, 1 Nichts findet, was wesentlich vom Landrechte oder auch nur vom Canonischen Rechte abwiche. Endlich aber ist man dann auch mit der schon wiederum in den Statuten von 1292 und 1497 geschehenen Abänderung der Vorschrift in Verlegenheit, und es bleibt unerklärlich, warum man die Bestimmungen des to sinen iaren Kommens schon dazumal umgangen ist.

Ausser vorstehenden Zweifeln, welche bei diesen Auslegungs-Versuchen sich aufwerfen lassen, erregen nun auch noch andere Umstände ganz besondere Schwierigkeiten.

Da entsteht gleich die Frage, was will der generelle Ausdruck I, 12 nen kynt sagen, der doch sowohl für das weibliche als für das männliche Geschlecht paßt? Keine Frau, heißt es aber dann, darf widersprechen ohne Vormund, und kein Frauenzimmer unter 20 Jahren. Läßt sich eine so sonderbare Ausdrucksweise annehmen, die dasselbe mit anderen Worten sagt?

Ebenso wenig wird dann der Ausdruck daselbst vnde de to eren iaren komen sint vnde mundich sint gerechtfertigt. Will man den Anfang dieser Phrase im Homeyerschen Sinne nehmen, so käme der in der That etwas läppische Sinn heraus, wer nicht blos 12 oder 13, sondern auch 18 oder 20 Jahre alt ist. Der Ausdruck muß nichtsdestoweniger von unseren Vorfahren so wichtig angesehen worden sein, daß sie sich selbst 1603 noch nicht von demselben haben trennen können. Gries 2, 160 sucht ihn 3, 1, 11

Digitized by Google

dahin zu erklären, daß er zwischen „mündig" und „zu ihren Jahren gekommen" den Unterschied angiebt, auch Frauenzimmer könnten zu ihren Jahren kommen, aber nur Mannspersonen würden nach dem Stadtbuch mündig. Somit würde auch hier eine Tautologie herauskommen, die man wohl der schlechten und flüchtigen Redaktion von 1603 vorwerfen kann, nicht aber der überall sich als sehr concis und präcis ausweisenden Ausdrucksart der alten Ordele: eine Tautologie, wodurch sich der ganze Schlußsatz, zumal seitdem 1292 die Zahl 20 in 18 verändert war, als überflüssig darstellt. Sollte man die ganze Vorschrift ohne allen Grund Jahrhunderte lang gedankenlos mit dieser unerträglichen Breite nachgesprochen und nachgeschrieben haben?

Die unauflöslichste Schwierigkeit veranlaßt aber bei der bisherigen Exegese der Zusatz in V, 3: Vnde den voremunt schal he vor deme rade kesen. Darüber ist kein Streit, daß unsere beiden späteren Statute, in denen sich das Ordel findet (1603 ist es weggeblieben), sowie daß sowohl das Stader als das Lübecker Statut ebenso lesen, und von einer Variante keine Spur vorhanden ist. Es ist die große Mühe anzuerkennen, welche sich Herr Dr. Harder von allen Schriftstellern zuerst gegeben hat, um das he zu erläutern (S. 20 — 28). Er kommt zu dem Resultate, daß man hier zu unterscheiden habe, das he gehe nicht auf Geistliche und Frauen, sondern nur auf Jünglinge, denen weder die Eltern oder der Rath einen Vormund bestimmt hatten, noch welche unter der Vormundschaft der nächsten Verwandten standen, die aber bereits ihre eigene Haushaltung hatten.

Bei dieser Exegese will ich nicht die Einwürfe berühren, die der geehrte Herr Verfasser sich selbst gemacht, und von denen er selbst zum Theil erklärt hat, nicht zu wissen, wie sie sich ohne willkührliche Voraussetzungen reimen, zu welchen willkührlichen Voraussetzungen namentlich die Vermuthung gehört, S. 27 daß der Rath den Frauen oder Geistlichen, denen von den Eltern kein Vormund bestimmt war, allemal und ohne Weiteres einen Vormund gesetzt habe, ferner S. 27 die Annahme, daß die jungen Männer unter 18 Jahren, die keine eigene Haushaltung gehabt, allemal unter Vormundschaft gestanden. Aber er hat es nicht genug hervorgehoben, wie gezwungen und willkührlich die Beschränkung des he ist, wozu sich weder in diesem, noch in einem andern

Digitized by Google

unserer Ordele irgend ein Rechtfertigungsgrund aufsuchen läßt. Es ist ferner dabei keine Rücksicht darauf genommen, daß der junge Mann, welcher bereits das elterliche Haus verlassen und seine eigene Haushaltung hatte, wahrscheinlich auch sogar schon verheirathet und beerbt war, schwerlich bei dem noch immer anerkannten Recht der Gewalt sich würde haben in seinen Dispositionen so beschränken lassen, wenn blos eine willkührliche gesetzliche Vorschrift ihm einen Vormund aufgedrungen hätte. Auch wird die Chronologie ausser Acht gelassen. Erst das Statut von 1497 gedenkt bei diesem Ordel der gesetzlichen und der Dativvormünder, wo der Einfluß des Römischen Rechts um so unzweifelhafter ist, da er sich in anderen Bestimmungen speciell nachweisen läßt (vgl. meine Vortr. 2, 2, 199), und da ein Reichsgesetz dasselbe bereits sanctionirt hatte.

Endlich bleibt es bei der bisher betrachteten Auslegungsweise unaufgeklärt, aus welchen Gründen man bei uns, sei es nun von der Zahl 20 auf 18 übergegangen ist, oder diese Zahl gleich 1270 als das Normaljahr festgesetzt hat. Aus Kraut 1, 134 ff., Grimm R. A. S. 415 No. 8, Cropp Abh. 2, 462 Anm. 65, und Lappenberg zum Billw. Recht a. a. O. ergiebt sich, daß unter allen alten Volksrechten nur das Langobardische den Termin von achtzehn Jahren gekannt, und ihn als das legitime Alter, seine Sachen veräussern und mit ihnen rechtsbeständig thun zu dürfen, was man will, bestimmt hat, welche Vorschrift auch nicht im Entferntesten an Germanische Rechtszustände sich anlehnt, da hier die Befugniß, gerichtliche Acte vorzunehmen, gewiß als das Wesentlichste hervorgehoben worden wäre. Nächst dem für den Norden unseres Vaterlandes gar nicht in Betracht kommenden Schwabenspiegel wird ausserdem der Termin zuerst in den Statuten von Lübeck, Hamburg, Bremen und Verden gefunden, die Rechtsquellen, die sonst citirt werden, sind viel späteren Ursprungs. Unter diesen Statuten läßt sich für keins mit Bestimmtheit ein höheres Alter, als unsere Ordele von 1270[2]) haben, nachweisen,

2) Es ist zu bedauern, daß gründliche Forscher, wie Kraut, sich mit unseren Statuten so wenig bekannt gemacht haben. So citirt er 1, 135 Anm. 12 neben den Parallelstellen unseres Ordels von 1270 V, 3 auch 1292 C, 8 und 1497 K, 11, ohne zu bemerken, daß hier das Ordel von 1270 I, 12 wiederholt wird.

Digitized by Google

da die meisten dieser unserer Ordele älter sind und sein müssen, als 1270. Nur das Lübische Recht in seiner Lateinischen Recension kann hier in Betracht kommen, wo aber die Bestimmung, die Kraut nach den späteren Deutschen Bearbeitungen vgl. Cod. Hach. II, 203. III, 52 allegirt, in einer Art und Weise abgefaßt ist, welche sattsam beurkundet, daß an das Jahr 18 die Bedeutung nicht geknüpft wird, die Kraut hat finden wollen. Nach Cod. Hach. I, 88 soll kein Knabe unter 18 Jahren ohne Willen seiner Erben seine Güter vergeben dürfen, hat er keine Erben, soll er es nur thun cum uoluntate et consilio consulum [3]).

Es ist deshalb nicht nachzuweisen, warum man mit einiger Rechtsnothwendigkeit bei uns sich 1270 für den Termin von 18 Jahren sollte entschieden haben, wenn man davon ausgeht, daß dieser Termin als eine unabänderliche und ausschließliche Norm damals betrachtet worden wäre.

§ 38.

Fortsetzung.

Wir werden durch diese Kritik der bisherigen Auslegungen von selbst auf den allein richtigen Standpunkt geführt, von welchem aus unsere Ordele zu interpretiren sind. Es ist derselbe, auf welchen uns die Betrachtung des ältesten Germanischen Rechts (§ 35) bereits hingewiesen hat. Man wird also davon auszugehen haben, daß sich auch bei uns das Princip geltend gemacht hat, welches als ein nationelles zu bezeichnen ist, und das nicht ein bestimmtes Alter, sondern bestimmte Eigenschaften verlangte, um Jemanden zu gerichtlichen Handlungen fähig zu erklären. Als an die Stelle der Volksversammlungen in den städtischen Verhältnissen Rath und Volksgericht getreten waren, so hing es von

3) Späterhin hat sich im Lübischen Rechte der Einfluß des Römischen Rechts ganz entschieden geltend gemacht, und Bestimmungen herbeigeführt, die unserer Legislation bis 1603 ganz fremd blieben, s. oben § 35 Anm. 3 und vgl. ferner Lub. Cod. Hach. II, 101. III, 180. II, 102. III, 173. 226. 227. Sonderbar ist es, daß im Goslarschen Statut für die Mündigkeit kein bestimmtes Stufenjahr vorgeschrieben gewesen zu sein scheint, vgl. Göschen S. 250, während es das dreizehnte ausdrücklich anerkennt p. 18, 6, so daß hier Deutsche und Römische oder vielleicht Canonische Rechtsansichten wunderbar durcheinander laufen.

Digitized by Google

dem Ermessen derselben ab, Denjenigen, der sich vor demselben gerirte, dazu noch nicht für fähig zu erachten. Im gemeinen Leben machten Sitte und Bedürfniß weitere gesetzliche Bestimmungen nicht nothwendig. Ein Blick in das älteste Resignationenbuch bestätigt, daß so wenig beim weiblichen als beim männlichen Geschlecht Zuziehung von Vertretern, Fürsprechern, Vormündern, durchweg erforderlich erachtet worden ist, selbst um die dort vorkommenden gerichtlichen Handlungen vorzunehmen. Um so weniger wird im täglichen Leben überall nach dem Geburtschein gefragt sein. Wer die Zeichen der Reife trug, wer seinen eigenen Haushalt hatte, der ward als fähig angesehen, selbstständig zu handeln. Dem weiblichen Geschlecht ward, wenn es durch Verheirathung oder eigenes Geschäft diese selbstständige Stellung ausser dem elterlichen Hause erworben hatte, sie ebensowenig vor Gericht versagt. Ich habe im ältesten Resignationenbuch sogar von der Zeit an, wo daselbst bei Frauen ein tutor vorkommt, eine Menge Fälle gefunden, wo sie Auflassungen vornehmen, ohne daß eines tutor gedacht wird [1]). Man muß daraus schließen, daß die Förmlichkeit nicht für erheblich, oder mindestens daß sie doch nicht für so erheblich angesehen worden ist, um regelmäßig notirt zu werden [2]). Im Anfange des Buches resigniren und kaufen Frauen ganz allein, ohne Zuziehung eines tutor [3]), ja es resigniren selbst Kinder, ohne daß ein tutor dabei genannt wird [4]). Hat der Sohn keinen tutor, so hat auch die Mutter keinen. Wo Eheleute sich ihr Vermögen resigniren, da kommt niemals bei dem Consens der Ehefrau ein tutor vor. Ja eine Frau resignirt ihrem Manne einmal ein Erbe, das andere Mal alle Güter, die sie jetzt und künftig hat, ohne daß ein tutor dabei vorkommt, p. 12, 5. 30, 12. Diese Beispiele werden genügen, um urkundlich zu be-

1) Pag. 132, 11. 135, 8. 136, 3. 137, 6. 141, 4. 144, 22. 146, 10. 16. 147, 17. 148, 22. 151, 1. 152, 6. 155, 1. 16. 27. 159, 15. 167, 7. 15. 169, 29. 170, 26. 29. 174, 25. 176, 12. 14. 177, 28. 179, 38. 181, 7. 14. 182, 15. Viel seltener sind dagegen die Fälle, wo ein tutor genannt wird.

2) Das Letztere ergiebt sich z. B. wohl aus p. 144, 22, wo kein tutor genannt wird, der doch grade kurz vorher vorkommt.

3) Vgl. Reimarus in unserer Zeitschr. I, 3, 444 zu Anm. 5.

4) Vgl. denselben S. 445 zu Anm. 4. Zu den Stellen, die er allegirt, vgl. auch p. 41, 2. 98, 7.

Digitized by Google

weisen, daß man im dreizehnten Jahrhunderte bei uns der Bevormundung nicht die Bedeutung und die Dauer beilegte, so wenig als daß sie eine solche Ausbildung gehabt hätte, wie sie seitdem unter dem Einflusse des Römischen Rechts und wohl auch des Canonischen erlangt hat. Aber die Beispiele bestätigen auch unsere Auffassung, daß selbst die Jugend nicht etwa allemal unter Vormundschaft stand, daß sie vielmehr selbst vor Gericht als selbstständig behandelt wurde, wenn dieses kein Bedenken dabei fand, sie ohne Weiteres zuzulassen [5]).

Unser ältestes Statut machte, wie man es aus diesem Allen ersehen kann, den ersten Versuch, vielleicht um Misverständnissen, die in einzelnen Fällen sich aufgeworfen haben mochten, zuvorzukommen, ein Stufenjahr zu bestimmen, ohne daß sich die einzelnen Ordele über das Jahr, als eine fast allemal ganz willkührliche Bestimmung, wenn man sie generalisirt, einig gewesen wären. Es ist überhaupt unverkennbar, daß einige Ordele dieser Sammlung ein höheres Alter haben, wie die übrigen. Der Inhalt, selbst die Sprache hat uns schon öfter davon überzeugt [6]). So scheint auch sonst aus der ganzen Fassung des Ordels 1, 12 hervorzugehen, daß es älter ist, als das Ordel V, 3. Vermuthlich ist IV, 1 noch älter, wie dies namentlich sich auch aus dem Umstande ergeben dürfte, daß es schon 1292 in einer veränderten Gestalt erscheint. Hier war noch kein bestimmtes Altersjahr angeordnet, man überließ es in den einzelnen Fällen dem Ermessen

5) Im ältesten lib. resign. findet sich p. 142, 1 ff. ein merkwürdiger Fall, der meine Auffassung der alten Ansicht bestätigt. Ein Conrad de Huxaria sichert seinem Bruder unter Zuziehung der Mutter und ihres Vormundes (tutor ipsorum) eine bestimmte Rente in einem Erbe. Dann heißt es: Hic (eben der bevormundete Bruder) si pervenerit ad annos aetatis suae, idem Conradus 15 marcas denariorum de bonis suis eidem dabit de propria liberalitate. Würde man dies so verstehen, daß der Bruder diesen Geldbetrag haben soll, wenn er majorenn geworden, wenn er etwa seinen Vormund quittirt hätte, so wäre kein vernünftiger Grund denkbar, grade diesen Termin für die Gabe zu bestimmen. Ein solcher Grund liegt aber auf flacher Hand, wenn man den Termin dahin versteht, daß der Bruder erst das Alter erreicht haben muß, um sich selbst etabliren, um einen abgesonderten Haushalt errichten zu können.

6) Vgl. u. A. meine Vortr. 2, 1, 6 Anm. 5.

Digitized by Google

des Raths oder Gerichts, zu beurtheilen, ob das Kind to sinen iaren gekommen ist. Vielleicht übte hier auch bei der Collision mit geistlichem Interesse das canonische Recht seinen Einfluß aus, und deshalb grade erschien es nothwendig, ausdrücklich hervorzuheben, daß nur für die Altersfrage das Recht in Betracht kam, nicht aber für die Beurtheilung der Erbaufnahme und Erbtheilung, wobei man sich vielmehr nach Stadtrecht zu richten hatte.

Wie wenig indessen derzeit die Bestimmung der Selbstständigkeit nach Jahren beim männlichen Geschlecht und die Unterwerfung aller Frauen unter Vormundschaft zum Volksbewußtsein durchgedrungen war, beweist die Fassung des Ordels 1, 12, sofern es im übrigen Inhalt ausdrücklich die Mündigkeit noch neben dem Alter zur Bedingung macht, mithin den am Schlusse bestimmten Termin von zwanzig Jahren an sich noch nicht genügend erachtet, oder man kann auch diesen Schluß als einen vielleicht erst bei der Redaktion des Statuts gemachten Zusatz betrachten, wiewohl es dieser Auffassung entgegensteht, daß man sonst keine sichere Spur davon hat, daß die Ordele abgeändert wären, mit welcher Annahme freilich der Anfang des Statuts über die Beschränkung des Bescheltens dieser Ordele einen neuen Grad von Bedeutung erlangen würde[7]). Dann würde man auch in dem unverkennbar an sich sehr alten Ordel X, 8 das de nicht mundich ne is für einen solchen erst bei der Codification entstandenen Zusatz ansehen, und es so erklären können, daß er weiterhin, wo abermals des knape, der ein wyff nimt, gedacht wird, wegbleibt, so daß man so recht deutlich erkennt, ursprünglich ist der Umstand der Mündigkeit nicht als relevant genug betrachtet worden, um hervorgehoben zu werden, vermuthlich weil die Sitte es ohnehin schon mit sich brachte, einem Knaben, der noch nicht die äusseren Kennzeichen der Mannbarkeit hatte, die Selbstständigkeit nicht einzuräumen. Freilich entstand durch den Zusatz der Zweifel, ob der Familienrath einzutreten berechtigt war, wenn der Knabe als mündig angesehen werden mußte; der Zusatz setzte also der Gewalt des Familienrathes eine gesetzliche, wenigstens als solche bisher unbekannt gewesene Schranke.

---

7) Ueber diesen Anfang vgl. meine Vortr. 1, 1, 201. 1, 2, 231. 2, 1, 6 Anm. 5 a. E.

Digitized by Google

Grade aber der Umstand, daß bisher die Sitte dem Recht nachgeholfen hatte, und wer für selbstständig auffergerichtlich anerkannt war, darin auch vor Gericht keine Anfechtungen befürchten durfte, erklärt sattsam das he im Ordel V, 3. Wenn es hier ganz allgemein heißt, daß wer nicht ohne Vormund gerichtliche Handlungen vornehmen konnte, ihn vor dem Rathe wählen solle: so läßt sich dies allerdings nicht so verstehen, daß nun ohne Unterschied jedes Kind dies Wahlrecht gehabt hätte. Das Ordel sagt nicht, wie es I, 12 heißt, nen kynt, dat benedden — iaren is, sondern mannes bouet ꝛc., und deutet genügend darauf hin, es sei seine Männlichkeit nicht streitig, nichtsdestoweniger wolle man wegen seines Alters es noch nicht zu gerichtlichen Handlungen zulassen, man wolle hier von der Regel 1270 IX, 26, daß Jedermann vor Gericht sein Wort selbst sprechen dürfe[8]), eine Ausnahme einführen, und ein dem Jahre nach bestimmtes Alter zur formalen Bedingung davon machen. Aber dem Geistlichen[9]) oder den Frauen das Wahlrecht streitig zu

8) Clan und Schlüter zum neusten Statut I, 8, 1 behaupten, diese Vorschrift sei durch den Gebrauch darum abgekommen, weil es zu umständlich und gefährlich gewesen, wenn die Parthei an jedem Gerichtstage sich einfinden mußte, und also leicht in ihrer Sache Etwas versäumen konnte. Da wir aber weiterhin (§ 99) noch sehen werden, daß ursprünglich zwischen Fürsprechern, Mandataren im Proceß und Vormündern kein scharfer Unterschied gemacht worden ist; so mag auch der Umstand, daß sich in der Folgezeit das Vormundschaftswesen fester regelte, auf das Abkommen des alten Rechtssatzes, dem ohnehin im Verlauf der Zeit ein ganz anderer Inhalt untergeschoben wurde, eingewirkt haben.

9) Pape wird auch im Sachsenspiegel I, 25, 1 und ebenfalls in der Glosse zu unserem Stadtr. von 1497 B, 8 von Mönchen unterschieden. Kloster- und Ordensgeistliche hatten überall kein Vermögen für sich, sondern erwarben Alles nur für ihr Kloster c. 2. 6. X. de statu monach. (3, 35). Jedoch ist in dem Statut von 1292 O, 3 das pape wegradirt, vgl. Lappenb. S. 155, und fehlt 1497 D, 3 ganz, was Kraut I, 101 irrig (s. § 101) daraus zu erklären sucht, daß in späteren Zeiten die Vormundschaft über Kirchen und Geistliche eine ganz andere Gestalt unter dem Namen von Advocatie erlangt hat. Uebrigens ist im ältesten Resignationenbuch p. 152, 18 der Fall merkwürdig, wo die Mönche von Rheinfeld mit ihrem tutor ein Grundstück resigniren. Man

Digitized by Google

machen, war wohl die Meinung des Ordels gewiß nicht. Zumal da wir geſehen haben, daß bisher Frauen auch ohne Vormund hatten ſelbſtſtändig auftreten können, ſo würde es ein zu großer Sprung zwiſchen dem alten Herkommen und dem neuen Recht geweſen ſein, ihnen jetzt ſogar die Befugniß ſtreitig zu machen, ihren Vormund ſelbſt zu wählen, ſo wie es denn auch mit dem heutigen Gebrauch, der die Wahl des Geſchlechtsvormundes ihnen faſt unbeſchränkt geſtattet, nicht zu reimen wäre[10]).

Wie neu dieſes Recht überhaupt war, kündigt ſich auch dadurch an, daß im Ordel I, 12 die Beſchränkung von Frauen und Minderjährigen ausdrücklich nur für alſodan recht, alſo byr beſcreuen ſteit, angeordnet wird, gleichſam als wage man noch keine generelle Regel aufzuſtellen, ſondern begnüge ſich mit der Vorſchrift für den vorliegenden Fall. Dagegen ſpricht V, 3 ſich ſchon viel allgemeiner aus, wiewohl auch hier wiederum nur von gerichtlichen Handlungen die Rede iſt, ſo daß genau genommen den Kindern unter 18 Jahren hiernach alle auſſergerichtlichen Dispoſitionen ohne Vormund freigegeben wären. Man kann nicht der Meinung Harder's (S. 25) beipflichten, wenn er V, 3 unter gud unbewegliches Gut verſteht. Die Auffaſſung beſchränkte ſich keineswegs auf unbewegliches Gut, ſo wie denn die Unterſcheidung zwiſchen beweglichen und unbeweglichen Sachen derzeit noch nicht die rechtliche Bedeutung hatte, die ſie erſt ſpäter unter der Fackel der Römiſchen Jurisprudenz gewann, und gud nicht ſo beſchränkt aufzufaſſen, davor hätte ſchon das erue vnde gud I, 12 bewahren ſollen (vgl. meine Vortr. 2, 2, 198 ff.) Man muß ſomit die Vorſchrift V, 3 ganz allgemein von allen gerichtlichen Verhandlungen verſtehen, und geſtattet ſie den dort genannten

ſieht alſo, daß bei uns der Unterſchied zwiſchen Kloſter- und andern Geiſtlichen nicht beobachtet iſt. Sonſtige hierher gehörige Reſignationen ſind die einer Nonne, die ihrem Bruder Alles vergabt p. 25, 20, von Geiſtlichen p. 29, 13, von Prieſtern p. 63, 3. 133, 1. 168, 9.

10) Auch Cropp Abh. 2, 462 ſpricht es als ganz unzweifelhaft aus, daß nach unſerem älteren Recht die Unmündigen ihren Vormund vor dem Rath ſelbſt erwählt hätten. Ueber die auch in anderen älteren Germaniſchen Statuten vorkommende Vorſchrift, daß elternloſe Frauenzimmer, die zu ihren Jahren gekommen ſind, ſich ſelbſt ihren Vormund wählen, vgl. Cropp S. 465 Anm. 69.

Digitized by Google

Personen nicht, sie ohne Vormund vorzunehmen, durch welche Erwähnung blos der gerichtlichen Schritte sie ihren ersten Ursprung verräth, wonach man die Privatverhältnisse der Minderjährigen der Sitte und Gewohnheit überließ, und nur dann sich darin mischte, wenn sie öffentlich vor dem Volksgericht zur Sprache gebracht wurden, aber auch selbst dann dem Betheiligten die Wahl seines Vormundes überließ. Wie wenig dabei die Unzurechnungsfähigkeit der Unmündigen damals in Betracht gezogen ist, haben wir bereits früher (vgl. meine Vortr. 1, 2, 429 und oben § 36) erörtert. Daß für Ungerichte und Friedensbrüche sie gar nicht gehaftet hätten, davon findet sich nichts, so wenig als in den Bestimmungen über gerichtliche Injurien hinsichtlich ihrer eine Ausnahme gemacht wäre, vgl. 1270 IX, 1. 2. XII, 13.

Endlich verdient noch ein Umstand besonderer Erwähnung, zumal da bisher darauf nicht aufmerksam gemacht worden ist. Die Ordele sagen nicht etwa, daß die dort erwähnten Personen überall nicht gerichtlich hätten die Handlungen vornehmen, daß nur Vormünder für sie hätten auftreten dürfen. Vielmehr hat man es damals noch für etwas sich von selbst Verstehendes und ganz Unzweifelhaftes betrachtet, daß auch der Minderjährige nur mit seinem Vormunde versehen, nicht aber dieser für ihn agiren konnte. Es ergab sich dies als Folge des ebenso wohl auf Fürsprecher als auf die damit zusammengestellten Vormünder anwendbaren Grundsatzes von 1270 IX, 25 und 26, wonach offenbar auch bei jenen der Mann, dessen Wort der Fürsprecher führte, dabei zugegen war; dies bestätigen eine Menge Beispiele im ältesten Resignationenbuche (vgl. Reimarus S. 445 zu Anm. 5)[11]), dies vielleicht auch einigermaaßen die Miniatur-

11) Es wird nun erst erklärlich, warum im ganzen ältesten Resignationenbuche während eines ganzen Viertel Jahrhunderts nur ein einziger Fall vorkommt, wo allein die Vormünder als Diejenigen genannt werden, welche den Verkauf und die Auflassung eines Erbes vornehmen p. 127, 4 ff. Aber auch hier läßt sich die Anwesenheit der Knaben nicht unbedingt bestreiten, da sie nicht genannt werden, es mithin anzunehmen ist, daß die Verhandlung unvollständig eingetragen wurde, was um so mehr einleuchtet, da von der haereditas gesagt wird, quae fuerat puerorum, quorum erant tutores praedicti duo. Der Fall ist übrigens auch dadurch bemerkenswerth, weil hier wider die damalige Gewohnheit zwei Vormünder vorkommen.

Digitized by Google

bilder, sofern auf dem siebenten Bilde der Mündel mit dem Vormunde auftritt. Dies geht endlich deutlich aus unseren Ordelen 1, 12 und V, 3 hervor. Daß jetzt allein die Vormünder von Unmündigen erscheinen und consentiren ꝛc., ist eine ebenso bekannte Thatsache, als die Zeit bisher unbekannt ist, wann dies zuerst den früheren Gebrauch verdrängt haben mag, so wie man auch die Gründe nicht weiß, warum es nur z. B. bei Resignationen der neueren Zeit vorgekommen ist, daß bei uns der Geschlechtsvormund ohne seine Curandin admittirt worden wäre[12]).

§ 39.

Das Eherecht.

Wenn wir jetzt etwas näher in die Alt-Hamburgischen häuslichen Verhältnisse eintreten, so muß es uns im Allgemeinen hier auffallen, daß sie in zwei wesentlichen Beziehungen von den Römischen abweichen, indem wir hier nur Sklaven, dort freiem Gesinde begegnen, dann aber auch, was uns jetzt besonders beschäftigen wird, daß in den übrigen Zuständen des Hauses bei den Römern die väterliche Gewalt des Hausvaters über die Rechte und Befugnisse der übrigen Hausbewohner ein Alles durchdringendes Uebergewicht ausübte, wie es das Mundium (§ 34 ff.) nicht konnte. Auch haben wir bereits (§ 32) gesehen, daß der Kreis der Familie im weiteren Sinne, wo er auch die Blutsverwandten auſser den Eltern und Kindern begreift, bis in die Verhältnisse des Hauses bei unseren Vorfahren hineinreichte. Nächstdem steht die Ehe hier so sehr an der Spitze aller übrigen Beziehungen des Hauswesens, und aller sonstigen persönlichen Verhältnisse, daß sie allein als die vorzugsweise Rechtsverhältniß (echteschup) zu nennende Verbindung in unseren alten Ordelen bezeichnet wird. Es sind die häuslichen Zustände in unserer Stadt von Altersher nicht sowohl von dem Rechte des Ehemannes und Vaters, als von dem Recht der Eltern und Eheleute durchdrungen und beherrscht.

---

12) Durch die Verordnung vom 31. März 1813 (vgl. Anderson 1, 33) ist es zuerst bestimmt gesetzlich ausgesprochen, daß der blos vom Curator ertheilte Consens nicht hinreicht, daß vielmehr die Curandin selbst ihren Consens ausdrücklich mitertheilen muß. Vgl. Gries 1, 17 ff., der aber über das Geschichtliche keine Aufschlüsse giebt.

Digitized by Google

Nothwendig muß diese Betrachtung der Eigenthümlichkeiten des Altdeutschen und des Römischen Personenrechts auf eine andere Methode in der Behandlung des ersteren führen. Während die s. g. Pandektisten, wie z. B. Thibaut, mit Recht die Ehe nur aus dem Gesichtspunkte des Entstehungsgrundes der väterlichen Gewalt auffassen; so kann man es nicht billigen, wenn z. B. Heineccius Elem. iuris Germ. 1, 9 die Ehe als Entstehungsgrund der ehelichen Gewalt neben die väterliche stellt, oder wenn Mittermaier Privatr. Buch 5 Abth. 1 und 2 zuerst von den Rechtsverhältnissen zwischen Eltern und Kindern und dann von den ehelichen handelt, deren Wesen er nach Phillipps Privatr. 1, 323 ff. in der Vormundschaftsgewehr sucht [1]). Schon Runde scheint die Deutsche Eigenthümlichkeit hier richtiger insofern aufgefaßt zu haben, als er § 558 ff. zuerst im Familienrecht das Eherecht erörtert. Ebenso Eichhorn Privatr. § 288 ff. Rechtsgesch. 2, 642 ff. und Falck Schlesw. Holst. Privatr. 4, 317 ff.

§ 40.

Fortsetzung.

Unsere alten Ordele enthalten über die Eingehung und Aufhebung der Ehe nur wenige rechtliche Bestimmungen. Es erklärt sich dies wohl daraus, daß diese Verhältnisse dem Send untergeordnet waren [1]). Hier wurden alle eigentlichen Matrimonialsachen verhandelt. Wir ersehen aus 1270 III, 13, daß selbst die Klage aus einem Eheverlöbnisse, sofern es sich blos von der Rechtsbeständigkeit desselben handelte, dahin, und selbst entweder unmittelbar oder zufolge der Berufung nach Rom gehörte, und ebenso ward die Frage, welche Ehe, wenn ein Ehegatte bei Lebzeiten des andern in ein neues Eheverhältniß tritt, zu Recht bestehe, vor dem Synodalgerichte zufolge X, 6 entschieden, während das weltliche Gericht sich scheint die bürgerliche Strafe und die sonstige Regelung der weltlichen Verhältnisse in solchen Fällen vorbehalten zu haben.

In unseren Ordelen wird besonders das eigenmächtige Eingehen einer Ehe streng geahndet. Man betrachtete sie als ein

1) Vgl. oben § 34. Aehnlich Kraut Deutsches Privatr. § 198 ff.
1) Vgl. Harder S. 8.

Digitized by Google

Ereigniß, welches für die ganze Familie, selbst abgesehen von aller Rücksicht auf Vermögen und Erbschaft (vgl. § 33), von der größten Wichtigkeit war. Während des Bestehens der Ehe war beiden Eltern die Gewalt in die Hände gelegt, welche sonst von der ganzen Familie ausgeübt wurde, die Kinder ins Kloster zu geben oder zu verheirathen. Daher eben mußte der Familienrath dabei betheiligt erachtet werden, wenn von einem Schritte die Rede war, welcher ihm so bedeutende Rechte entzog. Aber wenn die Ehe sich durch den Tod auflöste, dann trat die Verwandtschaft wieder in ihre volle Berechtigung ein, und weder der überlebende Ehegatte allein noch ein Einzelner von den Verwandten durfte ane vrunde rad an beiden siden, beide van vader vnde van moder, das Kind to manne oder to wyue geben, wie wir das bereits (§ 33) in Beziehung auf das Verwandtenrecht erörtert haben. Dort ist auch im vorletzten Absatze gezeigt worden, daß diese Beschränkungen des Rechts, sich zu verehelichen, nicht etwa nur dann Statt fanden, wenn die Heirathenden Erbgut besaßen. Auch Gries 2, 5 vertheidigt die Croppsche, mir entgegenstehende Ansicht, aber aus unzureichenden Gründen. Der Umstand, daß die Ehe an sich nicht bei fehlender Einwilligung des Familienrathes ungültig war, ist nur als eine Folge davon anzusehen, daß die Gültigkeitsfrage dem Send verfiel, und dort nach canonischem Rechte entschieden wurde, unsere Ordele also nur für den Fall, daß Erbgut vorhanden war, wirksam einschreiten konnten. Es verstand sich aber von selbst, daß die Eigenmacht der Heirathenden den Verlust ihrer Anwartschaft auf Hülfe und Aussteuer ihrer Verwandten im Fall ihrer eigenen Unvermögenheit nach sich zog. Daß allein der formelle Umstand, weil die Gültigkeitsfrage nicht in das Rechtsgebiet unserer ältesten Ordele gehörte, die Ursache war, wegen mangelnder Einwilligung der Verwandten eine Ehe nicht ausdrücklich für ungültig zu erklären, ergiebt sich aus der weiteren Geschichte dieser Rechtsmaterie. Nach der Reformation nämlich, und da die Consistorial-Rechtspflege vom geistlichen Gericht an den Senat überging, kamen auch sofort über die Rechtsgültigkeit einer solchen Ehe abweichende Grundsätze auf, und in der späteren Gesetzgebung dauern desfalls die Schwankungen besonders in Hinsicht auf den alsdann viel erheblicher werdenden Fall des fehlenden elterlichen

Digitized by Google

Consenses fort. Wir begegnen anderen Maximen im Stadtrecht von 1605, anderen im Pönal-Edict von 1676 und in der danach gebildeten Praxis (vgl. Klefeker 4, 46. 47).

Macht man sich diese geschichtliche Sachlage klar, so ergiebt sich die richtige Antwort von selbst auf eine controverse Frage, die wir hier sofort erledigen wollen. Ist bei uns wie in andern Deutschen Gegenden zur Ehe der Consens des Vormunds erforderlich? Im Römischen Recht bekanntlich nicht. Nichtsdestoweniger bejaht Klefeker 4, 44 für unser topisches Recht diese Frage. Aber es ist merkwürdig, wie er das motivirt. Er sagt, daß geschworne Vormünder, und, wenn keine Eltern im Leben sind, die nächsten Blutsfreunde allen heimlicher Weise geschehenen Verlobungen zu widersprechen und sich entgegenzustellen eben dasselbe Recht wie die Eltern haben. Nun stimmt das Pönal-Edict zwar insofern mit dieser Ansicht überein, daß es die Ehe, welche „ohne Vorwissen, Willen und völlige Beliebung" auch der Vormünder eingegangen sei, eben so nichtig erklärt, als zu der die Eltern und „die nächsten Blutsverwandten, beides von Vater und Mutter," ihre Zustimmung nicht gegeben. Allein man sieht es der Vorschrift ihrer ganzen Fassung nach an, daß sie auf ein damals und selbst schon zur Zeit des neuesten Statuts in dessen Bestimmungen 2, 11, 1 ff. nach seiner ganzen Bedeutung nicht mehr vorhandenes Verwandtenrecht gegründet, und daß sie von dem canonischen Recht abgewichen ist. Man erwog nicht, daß Vormündern nach altem Recht nicht als solchen das Verwandtenrecht zustand, man erwog nicht, daß die Vermögensnachtheile, die bei versäumtem Eltern-Consense das Statut von 1605 2, 11, 3 ähnlich wie das alte Ordel X, 8 androhte, bei Vormündern, falls dies nicht Verwandte waren, keine Anwendung leiden konnten. So entstand die Vorschrift von 1676, mit der sich die neuere Exegese (vgl. Gries 2, 8 ff.) viel zu schaffen gemacht hat, ohne vielleicht dem historischen Verhalt die genügende Geltung angedeihen zu lassen. Namentlich möchte ich wiederholt davor gewarnt haben, daß man bei der Betrachtung unseres alten und ursprünglichen Eherechts nicht das Recht der Familie, der Verwandtschaft ausser Acht lassen, und nicht vom Römischen Recht oder von denjenigen Germanischen Rechten, welche sich nicht von dem Einflusse desselben reingehalten haben, hingerissen werden möge, anderen

Digitized by Google

Verhältniſſen nicht, namentlich aber nicht dem Mundium, in deſſen verfehlter Auffaſſung einer Analogie mit der väterlichen oder ehelichen Gewalt, eine zu große und ausſchließliche Bedeutung beizulegen.

§ 41.

Das Verlöbniß.

Was in Hinſicht auf das Verlöbniß von uns als eigenthümlich Alt-Hamburgiſches Recht hervorzuheben iſt, läßt ſich am zweckmäßigſten an die Auslegung des Ordels von 1270 III, 13 [1]), anknüpfen, welches ich ſo leſe:

> So wor eneme manne eene juncfrouwe ofte eene wedewe louet wert an beiden ſyden, vort to varende alſo ſtadrecht is, vnde wert he vnder der tyd van ener anderen beclaget vor deme ſende, de jungvrouwe ofte de wedewe ſchal na eme beiden dree mante. Wert ouer de ſake to Rome togen, ſo ſchal ſe na eme beiden een iar; vnde ne wert he denne nicht ledich van der ſake, ſo ſchal he der jungfrouwen ofte der wedewen geuen ſöstich mark pennynge, vnde ſe ſchal ledich van eme weſen. Vnde dat ſulue ſchal don de wedewe ofte de jungvrouwe den manne, ofte des gelik valt.

Es findet ſich wiederum 1292 E, 12. 1497 J, 4. Stad. II, 13 (Puf. I app. p. 182) Rig. 39 (Puf. III app. p. 237) Lub. Hach. Cod. IV, 13.

Um zuvörderſt die Varianten, welche einigermaaßen hier in Betracht zu ziehen ſind, zu erledigen, ſo lieſt die von Lappenberg nach inneren Gründen nicht mit Recht bevorzugte Bremerſche Handſchrift, und zwar ſonſt keine andere, nach louet wert noch einmal vnde gelouet wert. Umgekehrt lieſt Stad. gelouet wert vnde louet wert. In der neueren Lübecker Form heißt es: gelauet werdt, vnde dat vorborget wert in beiden ſyden vmme den vortganck. Die Lesart aller unſerer übrigen Handſchriften ziehe ich vor, weil unſere ſpäteren Statute damit übereinſtimmen, ebenſo das Rigiſche, und weil der Zuſatz gar zu ſehr nach einer überflüſſigen Interpolation ſchmeckt.

---

1) Vgl. dazu Harders Erörterungen S. 9 ff. 29 ff. und 37.

Digitized by Google

Demnächst ist zu bemerken, daß der Bremersche Codex 40 Mark Pfenninge und das Lübische Recht 20 Mark Silber hat, wogegen das Stader Statut liest:

> Geuen to beteringe half alſo vele alſo ome mede louet was, vnde dat ſulue ſchal don de juncvrouwe ofte, de wedewe deme manne ere helfte, vnde ſe ſchal ledich van ome weſen.

Auch darf nicht unerwähnt bleiben, daß das Ordel in den drei Lübecker Handschriften, welche das Hamburgische Recht nach dem Lübecker enthalten, fehlt, dagegen in einigen guten Handschriften mit dem übrigen Lübecker Recht vermischt vorkommt. Es dürfte die Ursache dieser Erscheinung wohl schwerlich jemals aufgeklärt werden. Jedenfalls giebt der Umstand dem Ordel eine besondere Wichtigkeit.

Neben diesem Ordel enthält unser Statut von 1292, und zwar von einer späteren Hand hinzugefügt, E, 26:

> So wor enem manne ene iuncvrowe ofte ene wedewe louet wert an beyden ſyden vort to varende alſe ſtadrecht is, vnde gheuellet darna, dat de man der iuncvrowen ofte der wedewen nicht hebben wolde, vnde der inncvrowen edder wedewen an er ere nicht woſte to ſeggende: ſo ſchal de man der iuncvrowen edder wedewen alſo uele geuen, alſe eme myd er was medeghelouet, vnde he myd ere ſcholde ghehat hebben.
>
> Alſo ſchal ok en juncvrouwe ofte ene wedewe, de eneme manne gelouet is an beyden ſyden vort to varende na ſtadrechte; is dat de iuncvrowe edder wedewe den man uorlecht vnde nicht hebben wil, dem ſe to den eren nicht heft to toſeggende, deme ſuluen manne ſchal men gheuen vnde volghen laten wes er was medeghelouet, vnde de man ſcolde myd er ghehad hebben.* Jd en were denne, dat dar zake to deenden, dat men ſe billichken ſcheden mochte.

Wo ich das Sternchen gesetzt habe, sind in einer Anmerkung von einer andern Hand hinzugefügt:

> ane kledinghe vnde ꝛyringe to oreme lyue.

Das Statut von 1497 J, 3 hat dieselbe Vorschrift mit diesem Zusatz im Text. Jedoch läßt es sich wohl nur als ein Fehler der Abschrift oder des Abdrucks betrachten, wenn 1497

Digitized by Google

der zweite Absatz mit is dat, oder, wie es dort heißt, mit isset dat de iungvrowe edder ꝛc. anfängt, und von dem vorhergehenden durch einen Punkt getrennt ist, da der zweite Fall, wo die Verlobte den Mann nicht will, mit Also schal anfängt, und das Folgende nur eine weitere Ausführung dieses zweiten Falles, nicht aber etwa eine besondere Vorschrift enthält. So ist auch von Gries 2, 21 der Artikel aufgefaßt.

Uebrigens haben die bisherigen Ausleger der beiden Stellen 1270 III, 13 und 1292 E, 26 nur folgende Bemerkungen dazu, welche wir vorwegnehmen wollen, um daran die unsrigen anzuknüpfen.

Es bemerkt nämlich die Glosse zu 1497 J, 3: Im Ganzen würden drei Hauptfälle in diesen Stellen unterschieden, und bestehe der Unterschied darin, daß in dem Falle von 1270 III, 13 die Verzögerung oder das Hinderniß des Ehegelöbnisses (loste der echtschop) nicht mit ganz freiem Willen geschehe, weshalb auch für diesen Fall die Brüche geringer wären, als in dem Falle von 1292 E, 26. Sei aber an der Hinderung keine Parthei Schuld, so ständen billiger Weise darauf keine Brüche, wie wenn die Verwandtschaft oder eine andere rechtliche Ursache daran hindere, wie dies der Art. 1292 E, 26 am Schlusse berühre. Die Glosse ist unstreitig interessant, weil sie beweist, daß man schon im funfzehnten Jahrhundert es nöthig erachtete, die Gründe zu ermitteln, warum in dem einen Falle andere, wie es dort heißt, Brüche, oder richtiger ein anderer Schadensersatz, ein anderes Neugeld, als in dem zweiten bestimmt wird. Ob aber die Glosse den richtigen Grund des Unterschiedes der beiden Fälle ermittelt hat, das ist freilich eine andere Frage, und es scheint diese Frage nicht bejaht werden zu können. Man darf meiner Ansicht nach in dem alten Ordel III, 13 nicht übersehen, daß dort ein Rechtsstreit angenommen wird, welcher vor dem Synodalgerichte gegen einen Verlobten oder eine Verlobte aus einem älteren Verlöbniß anhängig gemacht war, und daß es sich nun fragte, wie dies bei der vermuthlich schon damals langen Dauer eines solchen geistlichen Rechtstreits oft mochte zur Sprache gekommen sein, was soll der andere Theil dann für ein Recht haben, wenn er nicht das Ende dieses Processes abwarten will. Merkwürdiger Weise mischte sich nun das bürgerliche Recht in diese Consistorialsache

Digitized by Google

schon damals, und schrieb ein bestimmtes Verhalten vor, wo man übrigens zunächst nicht ein gerichtliches Verfahren annehmen muß [2]), und wo ein bürgerlicher Rechtsnachtheil angedroht wurde, wenn der oder die vor dem Send Verklagte nicht entweder in drei Monaten oder in einem Jahre, je nachdem die Sache nach Rom gegangen war oder nicht, von der Klage entbunden war. In dem Statute von 1497 ist der Umstand, daß die Klage vor dem Send erhoben war, weggelassen und dadurch das eigentlich Charakteristische des alten Ordels verwischt. Ursprünglich bestand dies aber in der Anordnung der bürgerlichen Rechtsverhältnisse bei der Collision nicht zweier wirklicher Eheverlöbnisse, sondern nur bei der Klage aus einem angeblichen früheren. Wir wissen es, wie leicht Klagen überhaupt derzeit erhoben werden konnten, wo den Beklagten wenigstens die Nothwendigkeit eines Eides traf, mit dem der Send es vielleicht weniger leicht nahm, als das Volksgericht. Daher mag die Glosse Recht haben, wenn sie darauf Gewicht legt, daß in diesem Falle das Hinderniß nicht mit ganz freiem Willen geschah, wiewohl doch immer die Möglichkeit vorhanden war, daß der oder die Verklagte wirklich ein früheres Eheversprechen eingegangen war, aus dem er oder sie belangt wurde. Wer aber die laxen Ansichten jener Zeit von der Zurechnung kennt, dem kann es nicht auffallen, daß in dem Ordel zwischen Schuld oder Unschuld kein Unterschied gemacht, und selbst die mit Unrecht vor dem Send mit einem langen Processe überzogene Parthei wegen der andern Verlobung 60 Mark Pfenninge

2) Wir haben schon öfter vor dem durch das Studium des Römischen Rechts veranlaßten Irrthum warnen müssen, der in den alten Ordelen allemal eine directe Beziehung auf den Gerichts-Proceß annimmt und weichen hierin gänzlich von Michelsen ab, welcher in seiner Vorr. zum Lübecker Oberhofe S. XXVI sogar so weit geht, umgekehrt für die Kenntniß des altdeutschen Privatrechts die Erforschung des damaligen Proceßganges bedeutend zu erachten. Wir dürfen insbesondre das hier fragliche Ordel um so weniger auf Gerichtsverfahren beziehen, weil die geistliche Jurisdiction in Ehe- und in Verlöbnißsachen unbestritten war, vergl. Richter Kirchenr. 2, 364 und 374, und es sich nicht vermuthen läßt, daß das Ordel eine Vorschrift für die Gerichte zur Entscheidung der Frage wegen Gültigkeit und Wirkungen collidirender Verlöbnisse habe ausdrücklich aufstellen wollen.

Digitized by Google

zu zahlen verpflichtet wird, ja daß nicht einmal berücksichtigt ist, ob, wer diese Entschädigung anspricht, Kenntniß von dem früheren Verhältnisse hatte oder nicht. Wir wissen es aus anderen Beispielen[3]), daß die Lehre vom Schadensersatz in den alten Ordelen auf eine eigenthümliche Weise behandelt ist, und daß man es derzeit für nothwendig erachtete, bestimmt die Pflicht dazu auszusprechen, was hier um so nothwendiger erschien, weil an sich die Nichterfüllung eines Verlöbnisses nicht allemal einen in Geld schätzbaren positiven Vermögensschaden zur Folge hat, und weil bekanntlich canonisches Recht und Römisches Recht darin von einander abweichen, daß das Eingehen eines zweiten Verlöbnisses nach Römischem Infamie, nach canonischem Kirchenbußen nach sich zieht, das Römische keinen Zwang zur Vollziehung der Ehe, das canonische aber eine solche Klage anerkennt (vgl. Richter 2, 544). Das Eigenthümliche sowohl als die Nothwendigkeit des Ordels geht hieraus hervor, wie denn das Princip desselben auch noch in unserem heutigen Recht, wenigstens als Regel beibehalten ist (vgl. Gries 2, 20 ff.). Dagegen bin ich über das Verhältniß der weit jüngeren Vorschrift von 1292 E, 26 zu diesem Ordel nicht der Meinung der Glosse. Denn besonders bei den Vermögenszuständen der früheren Zeit scheint gerade eine noch dazu unter allen Umständen unabänderliche Geldbuße von 60 Mark Pfenningen viel beträchtlicher gewesen zu sein, als die unbestimmte und gewiß häufig unerhebliche der späteren Vorschrift. Daß man sie aber für nothwendig erachtete, erkläre ich mir daraus, daß unser Statut sich über die canonische Klage auf Vollziehung des Verlöbnisses noch nicht in dem alten Ordel ausgesprochen hatte, welches nur von dem Falle der Collision von Verlöbnissen handelt, und daß, wie erwähnt, man die Bestimmung der Schadensersatzpflicht nach dermaligen Rechtsbegriffen ausdrücklich gesetzlich erklärt verlangte, was bei Verlöbnissen um so nothwendiger war, da das Römische Recht eine freie Aufkündigung

3) Vgl. oben zu § 22 Anm. 1. Hierher ist auch das Princip des Lübischen Rechts zu ziehen, daß, wer auf Schadensersatz klagt, ohne die Größe desselben anzugeben, seine Klage verliert, s. das Urtheil 153 in Michelsens der Lübecker Oberhof. Es ist dies offenbar eine uralte Eigenthümlichkeit der Deutschen Schadensersatz-Theorie, und dahin Michelsen S. XIX zu ergänzen.

Digitized by Google

und nur ausdrücklich bedungenen Ersatz kennt (Puchta Inst. 3, 7 und 171). — Auch der Schlußsatz von 1292 E, 26, der von einer billigen Scheidung aus diensamen Ursachen handelt, scheint mir von der Glosse misverstanden. Es sollte dadurch die Erlaubniß zu einer friedlichen Ausgleichung anderer Fälle, wo besondere Gründe die Nichtvollziehung der Ehe rathsam machten, ertheilt werden, wie auch in anderen alten Rechtsvorschriften nicht selten ein Zusatz desfalls sich findet. Vgl. § 27 Anm. 8.

§ 42.

Fortsetzung.

Herr Dr. Harder (an den § 41 Anm. 1 citirten Stellen) hat sich besonders die Untersuchung der Frage angelegen sein lassen, was die Worte an beyden syden in dem Ordele III, 13 bedeuten, und es auf die Verwandten der Braut von väterlicher und mütterlicher Seite beschränkt. Er will diese Erklärung aus dem Zusammenhange rechtfertigen. Allein dieser Grund dürfte nicht ausreichen. Ihm steht zunächst die vollkommene Gleichstellung des Falles, wenn die Verlobte es ist, welche wegen eines früheren Versprechens verklagt wird, im Wege, wo das Ordel sich der Worte bedient, ofte des gelik valt. Noch entschiedener aber ist hier die Vorschrift 1292 E, 26, wo es bestimmt heißt: Also schal ok en iuncrowe ofte en wedewe, de eneme manne gelouet is an beyden syden uort to uarende na stadrechte. Doch selbst abgesehen von diesen speciellen Aeusserungen der beiden in Rede stehenden Gesetze, so bringt es der ganze Geist des Verwandtenrechts, wie wir ihn § 33 kennen lernten, mit sich, bei dem uortuaren sowohl des Jünglings als der Jungfrau die Theilnahme der Verwandten beider Verlobten für erforderlich oder gebräuchlich zu erachten. Nicht blos die Rücksicht auf das Erbgut — vor dieser einseitigen Auffassung muß auf das Entschiedenste gewarnt werden (vgl. § 33) —, sondern die Hinsicht auf die Ehre und das Ansehn der ganzen Familie, das Familienband überhaupt kam in Betracht, wenn es sich von dem Auszuge eines Sohnes oder einer Tochter zum Zwecke einer Ehe handelte. Vielleicht stammt der hiesige Gebrauch, sowohl zur Verlobung als zur Hochzeit die Verwandten beider Familien, die durch die Ehe näher zu einander treten, bei einem Schmause zu versammeln,

Digitized by Google

aus jener alten Zeit, wo die Bande der Familie noch enger geknüpft und höher geachtet waren. Was als Stadtrecht in den beiden Gesetzen bezeichnet wird, kann wohl nur auf die zum Recht erhobene Sitte, beiderseitige Anverwandte zuzuziehen, gedeutet werden: der Zusatz scheint mehr auf das Fortfahren, den Auszug (vgl. unten § 90), als auf die Zahl der Verwandten gerichtet.

Aber eben diese Betrachtung leitet uns noch etwas tiefer in die Verhältnisse der damaligen Zeit hinein. Es ist vielleicht schon bemerkenswerth, daß das Wort laven und lovde (vgl. meine Vortr. 2, 1, 137. 2, 2, 277. 295), welches eigentlich nur ein Versprechen allgemein bezeichnet, schon damals, und in den compositis verloben und Verlöbniß bis auf den heutigen Tag, vorzugsweise von einem Eheverlöbniß gebraucht wurde, so wie echteschup das Rechtsverhältniß der Ehe speciell bezeichnet (§ 39) [1]). Aber viel erheblicher ist ein Umstand, der bisher, wie es scheint, ganz unbeachtet geblieben ist, daß nämlich in beiden Stellen nicht der Mann oder die Jungfrau, ja nicht einmal ihre Eltern, sondern die Verwandten als Diejenigen genannt werden, welche das Gelöbniß vollziehen, unstreitig weil sich der Consens jener Personen von selbst verstand, und das Eigenthümliche unseres Stadtrechts eben in dem Zutritt der Familie als Mitcontrahentin gefunden ward. Dies führt uns denn zu der Ansicht, daß nach altem Stadtrecht nicht etwa ein jedes Verlöbniß die Wirkungen, welche die beiden Gesetze angeben, nach sich gezogen hat, sondern nur ein förmlich durch die Verwandten, oder mindestens unter Zuziehung derselben zu Stande gebrachtes, und daß einem andern, etwa nur auf gegenseitiger Einwilligung beruhenden Eheversprechen zwar die Wirkungen des canonischen Rechts nicht entzogen waren, sonstige aber nicht daraus hervorgingen. Wenigstens berechtigen beide Gesetze nicht zu der Annahme, daß das Römische Recht sich bei uns geltend gemacht hätte, und die Einwilligung des Vaters etwa vermöge einer besonderen Gewalt desselben erforderlich erachtet worden wäre (Puchta Inst. 3, 169), wodurch unsere Auffassung vom Mundium (§ 34) von dieser Seite her eine besondere Unterstützung gewinnt. Wenn nun auch nach canonischem

1) Ebenso ist der an sich generelle Ausdruck Pacht (pactum) auf eine besondere Art des Miethevertrags beschränkt worden.

Digitized by Google

Rechte der Consens der Eltern nicht zur Gültigkeit eines Eheverlöbnisses erforderlich ist, so würde man doch meines Erachtens das Familienrecht unserer Vorfahren sehr einseitig nehmen, sobald man damit die Entbehrlichkeit der elterlichen Einwilligung verträglich halten wollte. Vielmehr hatte hier Sitte und Herkommen hinreichend vorgesorgt, so daß dafür die Vorschrift von 1270 X, 8 vollkommen genügte, so wie denn schon in unseren beiden Gesetzesstellen durch Erwähnung der beiderseitigen Verwandten, hier in dem Sinne der Verwandten von väterlicher und mütterlicher Seite, dem Irrthum hinreichend vorgebaut war, als ob zu diesen die Eltern selbst nicht gehört hätten. Das ist aber wohl das Eigenthümliche des alten Rechts, daß ein Verlöbniß auch dann bei dem Send klagbar war, obgleich die elterliche oder verwandtschaftliche Zustimmung fehlte. Wenn man dies nicht festhält, so bleibt es unerklärlich, wie, selbst nachdem seit der Reformation hier ganz andere Grundsätze sich geltend gemacht hatten, das Statut von 1605 2, 11, 1 ff. sich über das Erforderniß des elterlichen Consenses so unbestimmt ausdrückt, daß man daraus für die Klagbarkeit ohne denselben geschlossener Sponsalien nichts Bestimmtes entnehmen kann (vgl. Gries 2, 7, der die Sache etwas anders darstellt). Nur für den Fall der Collision zweier Verlöbnisse ward es schon 1605 nöthig erachtet, dem zweiten den Vorzug zu geben, wenn dieses von den Eltern genehmigt war, 2, 11, 4 (vgl. Gries 2, 22), bei welcher Vorschrift ihrer ganzen mangelhaften Einkleidung nach offenbar das Ordel von 1270 VI, 13 berücksichtigt worden ist, weil es sonst unbegreiflich erscheint, warum nicht auch des Falles ausdrücklich gedacht ist, da die Eltern das erste und nicht das zweite Verlöbniß genehmigten.

Am merkwürdigsten scheint mir endlich noch ein ebenfalls bisher unbeachteter Umstand zu sein. Es ist nämlich in dem Ordel von 1270 so wenig als in dem Statut von 1292 bei der Jungfrau und Wittwe eines Vormundes, noch bei der Erwähnung des Mannes seiner Jahre gedacht worden. Die canonische Vorschrift über das zum Abschluß von Eheverlöbnissen erforderliche Alter, und namentlich über solche, welche nach dem siebenten Jahre und vor erlangter Pubertät geschlossen sind (vgl. Richter 2, 543), erledigt sich durch die Erwähnung des Mannes. Allein es ist

Digitized by Google

um so auffallender, daß den Eheverlöbnissen von Männern und Frauenspersonen eine rechtliche Wirkung beigelegt wird, ohne alle Erwähnung ihrer Volljährigkeit oder ihres Vormundes, da das Römische Recht Verlöbnisse mündiger Minderjähriger ohne Concurrenz eines Curators für rechtsbeständig erachtet (l. 20 D. de ritu nupt. [23, 2]), und wir sonst überall gerade das topische Recht, wenn es dem Römischen entgegentritt, besonders hervorgehoben sehen, auch § 38 andere Ordele nachgewiesen sind, wo ausdrücklich schon die Zuziehung des Vormundes bei gewissen Handlungen vorgeschrieben wird. Es ist also nicht zu bezweifeln, daß Eheverlöbnisse von Minderjährigen und Frauenzimmern ohne Zuziehung eines Vormundes rechtsverbindlich gewesen sind. Daher erklärt sich das Schwanken der heutigen Praxis über diese Frage (Gries 2, 15 ff.). Man hat nun freilich öfter für das jetzige Recht, nachdem die Vormundschaftsordnungen von 1831 und 1838 Art. 58 ausdrücklich vorgeschrieben haben, daß Pupillen sich nicht rechtsbeständig ohne Genehmigung der Vormünder ehelich versprechen können, behauptet, daß auch volljährigen Frauenzimmern ohne Zuziehung ihres Geschlechtsvormundes kein rechtlich wirksames Verlöbniß möglich sei; allein es läßt sich dieser Ansicht nicht beipflichten, weil der bisherige Rechtszustand durch kein neueres Gesetz in dieser Hinsicht verändert worden ist. Freilich wollen Gries und Andere (vgl. Gries a. a. O. und I, 20) daraus, daß das neuere Statut Verfügungen von Frauenzimmern über ihr Vermögen ohne Curator ungültig erachtet, folgern, es sei auch ein solches Eheversprechen darum unwirksam, weil durch dasselbe auch das Vermögen getroffen werde. Allein dieses Argument ist in doppelter Hinsicht zu verwerfen. Einmal würde damit der Ehe vermögensloser Frauenzimmer nichts im Wege stehen. Sodann aber auch faßt man unser topisches Recht ungehörig auf, wenn man den mittelbaren Wirkungen persönlicher Verhältnisse auf die Güter einen Einfluß auf die Rechtsbeständigkeit dieser Verhältnisse beimißt. Wir haben in unseren alten Ordelen (§ 34) den Fall, daß zwar dem Ehemanne ein Veräusserungsrecht der Güter seiner Ehefrau nicht speciell eingeräumt war, daß er es aber dadurch factisch hatte, weil er Schulden contrahiren, und jene Güter mit Schulden beschweren konnte. Das Recht, Schulden einzugehen, sich contractlich unbeschränkt zu verpflichten, war dem

Digitized by Google

freien Manne nicht versagt, und konnte nach den Germanischen Freiheitsbegriffen ihm nicht versagt werden, ohne das Recht der Gewalt zu provociren. Darin änderte der Umstand, daß dies Recht auch die Güter der Ehefrau afficirte, nichts. Ebensowenig läßt sich das Recht eines Frauenzimmers, über seine Person zu verfügen, und ein Verlöbniß einzugehen, darum beschränken, weil es zufällig auch Folgen für ihr Vermögen, über welches ihr keine freie Disposition jetzt mehr zusteht, haben kann. Im Resultat, wiewohl nicht im Räsonnement, würde ich also der Meinung der Juristenfacultät von Jena in dem von Gries (2, 16 ff.) erzählten Falle beipflichten.

Zum Beschlusse ist hier noch zu erinnern, daß es nichts Auffallendes hat, wenn sich so wenig im Sachsenspiegel als in unseren alten Ordelen über anderweitige besondere Förmlichkeiten bei Verlobungen Etwas vorgeschrieben findet (vgl. Harder S. 31 ff.). Ueberhaupt läßt sich unseren Vorfahren nicht nachweisen, daß sie bei ihren Privatgeschäften und Verträgen besondere Freunde von leeren Formen gewesen wären (s. meine Vortr. 2, 1, 138 Anm. 3). So wenig als bei irgend einer Art aussergerichtlicher Versprechungen besondere gesetzliche Förmlichkeiten als etwas Wesentliches vorkommen, ebensowenig trifft man sie bei Sponsalien. Sie waren hier der Sitte und Gewohnheit überlassen, und wenn wohl schon frühzeitig namentlich der Ringwechsel bei uns gebräuchlich gewesen sein mag, so wird er doch niemals von unseren Statuten als ein gesetzliches Erforderniß zur Gültigkeit der Verlöbnisse angesehen.

§ 43.

Die Trauung.

Bis auf Kraut war hier nur die Controverse auch für unser topisches Recht von Erheblichkeit, wann das Mundium des Ehemannes über seine Ehefrau und die sonstigen rechtlichen Wirkungen der Ehe ihren Anfang bei unseren Vorfahren genommen haben, ob mit der Trauung oder mit der ascensio thori? Seit Kraut (Vormundschaft 1, 176) ist auch die Streitfrage zu erörtern, was man unter Trauung verstanden habe, ob die kirchliche Einsegnung oder die Uebergabe der Braut an ihren Bräutigam durch ihren Vater oder Vormund?

Digitized by Google

Hier scheint mir vor allen Dingen die Volksansicht erheblich zu sein. Wenn auch die Kirche ursprünglich die priesterliche Einsegnung nicht als eine nothwendige Solennität betrachtete, so herrscht doch überall die Volksmeinung, daß durch sie der Anfang der Wirkungen der Ehe, die gegenseitigen Ansprüche der Eheleute auf ihre Person und ihr Vermögen bestimmt wird, eine Volksmeinung, welche sich namentlich in dem jüngsten Streit über die gemischten Ehen zwischen Katholiken und Protestanten deutlich beurkundet (vgl. Richter Kirchenr. 2, 520), und die auch bei uns in Hamburg von jeher geherrscht hat. Das Letztere scheint für das funfzehnte Jahrhundert durch das zwölfte Miniaturbild ausser Zweifel gesetzt zu werden. Und es kann uns eine solche allgemein verbreitete und unverändert bestehende Volksansicht nicht befremden, wenn wir erwägen, daß die Trauung regelmäßig in der Kirche vor sich ging (vgl. Richter 2, 520), und daß sich das allgemeine Volksleben der damaligen Zeit noch nicht so sehr der Kirche und ihrem Einflusse entfremdet hatte, wie jetzt leider der Fall ist. Wenn man damals regelmäßig die Trauung mit der öffentlichen Solennität verbunden sah, so mußte das Volk in dieser eine Nothwendigkeit erblicken, so daß man gar nicht darauf verfallen konnte, erst das canonische Recht um Rath zu fragen, um sich von der Nothwendigkeit und den Wirkungen der kirchlichen Feierlichkeit zu vergewissern. Wenn Klefeker 4, 34 nichtsdestoweniger bei uns den Beischlaf zu jener Zeit für ebenso wesentlich erachtet, so liegt das in seiner ganzen flachen Auffassungsweise, und überdies scheint er die Perfection und Consummation der Ehe mit einander zu verwechseln. Eben jenes Miniaturbild bestätigt, daß Kindererzeugung als wesentlicher Zweck der Ehe angesehen worden sei [1]), aber das Recht auf die Person, wodurch

1) Vgl. Grimm R. A. S. 443 Num. 4. Nur aus diesem Gesichtspunkte und aus dem großen Umfange des Verwandtenrechts ist der Art. 15 des Recesses von 1603 zu erklären, welcher die Heirath von Frauenspersonen über die Zeit ihrer Kindererzielung hinaus beschränkt, und dessen Interpretation in der O. A. G. Entscheidung vom 16. Nov. 1835, die Gries 2, 74 ff. mittheilt, nur dadurch auf ein so wunderliches und praktisch unbrauchbares Resultat hat führen können, weil dabei der organische Zusammenhang dieser Vorschrift mit dem Alt-Hamburgischen Rechte nicht gehörige Berücksichtigung fand. — Wenn auch Pauli Abh. 2, 2 meint, die

Digitized by Google

dieser Zweck zu erreichen stand, wird dort ersichtlich vom priesterlichen Segen abhängig gemacht.

Nun war es sogar die bestimmte Vorschrift des Römischen Rechts l. 30 D. de R. J. (50, 17): nuptias non concubitus sed consensus facit. Unter diesen Umständen müßte es nach dem von uns bisher ermittelten Zweck und ganzen Rechtsgebiet unserer alten Ordele befremden, wenn hier etwas vom Römischen Recht Abweichendes gegolten hätte, wenn weltliche Wirkungen der Ehe nicht an die durch den priesterlichen Segen jedenfalls solennisirte Einwilligung der Partheien rechtlich geknüpft worden wären, da die Ordele darüber ein vollständiges Stillschweigen beobachten, es also nicht müssen erforderlich erachtet haben, darüber besondere Bestimmungen zu treffen, und das hiesige Recht etwa gegen den Einfluß des fremden in Schutz zu nehmen. Ueberhaupt lag es im ganzen Geiste des alten Rechts, wenn hier ein Fall gewesen wäre, wo nicht von dem Willen der Personen Alles abgehangen hätte, diesen Ausnahmefall (vgl. meine Vortr. 2, 1, 140 ff.) besonders hervorzuheben. Freilich werden die drei Momente bestimmt bezeichnet, das Verlöbniß uort to uarende alse Stadrecht is (s. die Stellen § 41), das geuen, utgeuen X, 8, das wirkliche to samen komen an echteschup III, 1. 5. 11. 17. X, 8, ohne daß an das Verlöbniß Wirkungen der Ehe geknüpft würden; allein auf der anderen Seite läßt es sich nicht nachweisen, daß der Sprachgebrauch bei uns jemals unter Trauung etwas Anderes als die vor Zeugen geschehene feierliche, durch priesterliche Einsegnung bestätigte gegenseitige Einwilligung verstanden hätte.

Es hat gleichwohl Herr Dr. Harder (a. a. O. S. 30 ff.) unter Bezugnahme besonders auf Kraut, sich zu der Ansicht bekannt, daß nach dem Altdeutschen Recht vor dem Sachsenspiegel

---

rechtlichen Wirkungen der Ehe wären erst mit der Conscension eingetreten, und dies durch Aeusserungen in Lübischen Testamenten von 1380 und 1449 beweisen will, so enthalten diese Aeusserungen nichts weiter, als in dem ersteren Falle die Angabe des Zeitpunkts, vor welchem Jemandem ein Grundstück zugeschrieben worden ist, in dem andern Falle aber der Zeit, als für welche Jemand seiner Frau, damals Braut, Etwas aussetzt. Wäre es hier der Ort, den Gegenstand gründlicher zu verfolgen, so würden sich noch mehr Disparitäten nachweisen lassen.

Digitized by Google

der Mann das Mundium über die Frau bereits bei der Verlobung, nach dem Sachsenspiegel aber mit dem nach canonischem Recht zu beurtheilenden Ehevollzuge erworben habe. Somit scheint dieser ursprüngliche Rechtzustand auch für Hamburg behauptet werden zu sollen, und es unerläßlich zu sein, die Gründe jenes Germanisten zu prüfen. Die lex Saxonum scheint hier nichts zu beweisen. Wenn es dort im Titel de coniugiis heißt, wer eine Frau heirathen wolle (uxorem ducturus), müsse sich mit ihren Eltern abfinden, ihnen 300 Solidi geben, so ergiebt sich daraus nichts weder für das persönliche Verhältniß der Eheleute selbst noch für den Anfangstermin desselben. Erst wenn das Weib ime getruwet wert, wird der Ehemann nach Sachsensp. 3, 45, 3 Vormund, und auch Homeyer versteht diese Worte von der Trauung, der durch kirchliche Einsegnung feierlich gemachten gegenseitigen Zusage, womit die Frau dem Manne nicht blos anvertrauet wird, sondern sich auch selbst anvertraut.

Nun entgegnet Kraut Vormundschaft 1, 176 zuvörderst, es sei schon an und für sich unwahrscheinlich, daß der Anfang eines zu einer gültigen Ehe in bürgerlicher Beziehung gehörigen Erfordernisses von einer kirchlichen Form hätte abhängig gemacht werden sollen. Allein es scheint bei diesem Einwande wohl nicht scharf genug beachtet, daß hier nicht zunächst von einer kirchlichen Form die fragliche Wirkung abhängig gemacht wird, sondern von einer Uebereinkunft und einer Uebergabe, welche durch jene Form nicht blos, sondern auch durch die gebräuchliche Anwesenheit und Zuziehung von Verwandten und sonstigen Zeugen solennisirt und constatirt wird. Ueberdies wäre es nach unseren Ordelen so etwas Ungewöhnliches nicht, wenn gewisse bürgerrechtliche Wirkungen von canonischen Vorgängen abhängig gemacht werden, wie dies 1270 III, 13 und X, 6 ebenfalls vorkommt.

Wenn Kraut sich aber ferner darauf bezieht, daß die kirchliche Einsegnung nach canonischem Recht keineswegs als ein wesentliches Erforderniß einer gültigen Ehe angesehen sei, so steht diesem Umstande theils die bis auf unsere Tage herrschende Volksansicht, theils die, wie eben erwähnt, nicht ausschließliche Bedeutung jener Einsegnung bei der Trauung entgegen. Nun meint freilich Kraut ferner, diese Trauung habe nichts weiter als die Uebergabe der Braut durch ihren Vormund bezeichnet, das Wort selbst beschränke

Digitized by Google

den Begriff darauf, und es gebe ein altes Münchener Verlobungs-Formular angeblich aus dem Anfange des dreizehnten Jahrhunderts, wo der Vormund die Braut der Treue des Bräutigams besonders befiehlt. Allein aus diesem Formular folgt noch nicht, daß mit dieser Verlobung die Vormundschaft des Bräutigams angefangen hat, so wenig als Verlobung und Ehe identisch sind. Auch besagt das Wort an sich nicht blos, daß ein Dritter die Braut dem Bräutigam anvertrauet, sondern geht ebensowohl auf das Vertrauen, welches sie selbst ihm schenkt, abgesehen von der Singularität des Münchener Falles, daß die Braut keine Eltern hatte, und ferner davon, daß hier das Verwandtenrecht, welches bei uns eine so bedeutende Rolle spielt (§ 32. 33), ganz ausser Acht gelassen ist.

Endlich meint Kraut noch eine besondere Rechtfertigung für seine Ansicht darin zu finden, daß darin zwischen dem alten und neueren Recht kein Unterschied Statt finden würde, mit der einzigen Veränderung, daß der Uebergabe jetzt nicht immer mehr ein förmlicher Kauf vorausgehe. Was jedoch diesen angeblichen Zustand des Altgermanischen Eherechts anbetrifft, so kann ich mich um so weniger entschließen, ihn einzuräumen, da die Argumente dafür aus sehr verschiedenen, keineswegs aber aus unseren Norddeutschen Rechten entlehnt sind, und grade meine Ansicht von dem ächt Germanischen und ursprünglichen Recht in den wesentlichen Zügen mit Tacitus Germ. 18 zusammentrifft, wonach der Mann der Frau die Geschenke anträgt im Beisein von Eltern und Verwandten. Hiernach brauchte nur an die Stelle der Geschenke ein feierlicher Act des Zusammentritts und Vertrauens mit der geistlichen Segensertheilung zu kommen, und es war vorhanden, was wir noch jetzt unter der Trauung verstehen, nur mit den Abänderungen, welche erst im Verlaufe der Zeit Sitte und Glaube nothwendig machten.

Uebrigens dürfte es nach Demjenigen, was Eichhorn Rechtsgesch. 1, 344 beibringt, noch nicht als erwiesen anzunehmen sein, daß verschiedene oder alle rechtliche Wirkungen der Ehe nach Altgermanischem Rechte erst mit dem Beischlaf begonnen hätten. Was hier besonders die Aeusserung des Sachsenssp. 1, 45, 1 und 3, 45, 3 alse se in sin bedde trit betrifft, so hat man den Ausdruck wohl zu sehr urgirt. Man kann bei einer

Digitized by Google

unbefangenen Vergleichung beider Stellen unmöglich zu der Ansicht kommen, daß hier zwischen der Trauung und Conscensión ein Unterschied mit besonderen rechtlichen Folgen für jede dieser Handlungen gemacht sei. Vielmehr müßte es dann sehr auffallen, daß der Anfangstermin der Vormundschaft des Mannes in der einen Stelle von der Trauung, in der andern von der Conscensión abhängig gemacht wird. Im Rechtsbewußtsein der damaligen Zeit isolirten sich diese Schritte nach demselben Ziele nicht, wie zu einer Zeit, welche über die verschiedenen Zwecke der Ehe sich, als Früchte einer gewissen Aufklärung, ganz neue Theorien gebildet, und sie zum Theil selbst Legislationen zum Grunde gelegt hat. Die Argumentation von Kraut läßt sich gradezu umkehren. Es scheint darin, daß die Vormundschaft nach dem Landrecht bald mit der Trauung, bald mit der Bettbeschreitung anhebt, viel eher eine Bestätigung derjenigen Auffassung zu liegen, daß mit der Trauung die Eheleute sich gegenseitig ihre Person anvertrauten, und als eine physische und rechtliche Selbstfolge bei dem unbestrittenen Zweck der Kindererzielung (vgl. § 43) die Conscensión betrachteten. Jene Handlungen wurden nicht isolirt, sondern als die unzertrennlichen Theile eines Acts genommen, die in einem inneren nothwendigen Zusammenhang mit einander standen.

§ 44.

Die persönlichen Verhältnisse unter den Ehegatten.

Wir treten jetzt dem häuslichen Leben unserer Vorfahren, so weit es durch das Recht geregelt war, noch näher. Da scheint es denn zweckmäßiger, während bisher unser Hamburgisches Recht in dieser Beziehung namentlich mehr von der Vermögensansicht aus betrachtet worden ist, zuerst die rein persönlichen Verhältnisse zwischen den Eheleuten zu erörtern. Wir werden dabei uns an Dasjenige zu erinnern haben, was wir über das Geschlechts-Verhältniß (§ 6), über die dem weiblichen Geschlechte selbst im Falle von Schulden gewidmeten besonderen Rücksichten (§ 17), über das Mundium (§ 34) und über das Verhältniß der beiden Eltern und übrigen Verwandten (§ 40) im Allgemeinen bisher ermittelten. Schon diese Betrachtungen schließen die Möglichkeit aus, die Ehefrau als den erhandelten Gegenstand der despotischen Gewalt ihres Ehemannes diesem unterthänig und gleichsam von

Digitized by Google

allem eigenen Willen entblößt und zu irgend einer Rechtshandlung unfähig auch nur vom Standpunkt der Sitte und Zeitansicht aus anzusehen [1]). Da hier das Recht in dem durch die Sitte gezogenen ausgedehnteren Kreis damals nur in einzelnen Fällen einzugreifen für nothwendig erachtete, so läßt sich nicht annehmen, daß man bei diesen wenigen rechtlichen Bestimmungen anderen Grundsätzen, als den oben im Allgemeinen ermittelten, begegnen sollte.

Nach diesen Gesichtspunkten gewinnt die Auslegung folgender zwei alter, hierhergehöriger, unserem Hamburgischen Rechte eigenthümlicher [2]) Ordele eine neue Gestalt.

Zuerst 1270 III, 8:

So wor een man is, de syn wiff ouele handelet ane ere schult, vnde dat witlik is den naburen vnde guden luden vnde deme rade, de man schal sines gudes vnwoldich wesen. Were it ok der vrouwen schult, de man schal de vrouwen an ene kameren sluten, vnde geuen eer ere nottroft al wante se ereme dinge rechte deyt.

Ebenso 1292 E, 8. 1497 J, 5. Stad. II, 10 (Puf. I app. p. 181) Rig. 34 (Puf. III app. p. 235) und Lub. Cod. Hach. 276.

Sodann 1270 IX, 29:

Tuchtiget een man syn wiff, ofte sleit he se, vnde se vorschuldet heuet, dat mot he wol don. Wer sleit he se dot, dat schal he beteren mit syneme lyue.

---

1) Es ist hier besonders Grimm R. A. S. 447 ff. zu widersprechen. Ebenso wenig läßt es sich empfehlen, mit Kraut Vormundsch. I, 292 ff. hier die alten Rechte mit einander zu verwechseln, sofern sie die Befugnisse des Ehemannes beim Ehebruche der Frau, diejenigen des ungehorsamen Kindes, und sonst die unter den Eheleuten einzeln berühren.

2) Lappenberg R. A. I S. LXIX erkennt diese Bestimmungen ebenfalls als Eigenthümlichkeit unseres Hamburgischen Rechts an. Allein wenn er dabei auf Grimm R. A. Bezug nimmt, und hinzufügt, es sei davon in verwandten Stadtrechten nicht die Rede: so ist dies nicht wohl zu begreifen. Grimm R. A. S. 451 Num. 9 theilt blos mit andern Germanisten den Irrthum, das Züchtigungsrecht des Ehemannes, indem er demselben unter Bezugnahme auf einige als Verwandte unseres Rechts zu betrachtende Volksrechte eine sehr große Ausdehnung giebt, von dem Mundium herzuleiten (vgl. § 34).

Digitized by Google

Ebenſo 1292 N, 8. 1497 O, 9. Rig. 131 (Puf. III p. 265) Lub. Cod. Hach. III, 380.

Es iſt bei dieſen beiden Ordelen bemerkenswerth, daß ſie ſich im Statut von 1497 an zwei ganz verſchiedenen Stellen befinden, das erſte in dem Stücke van vortruwynge und das andere in dem Stücke van pynliken ſaken dat hogeſte belangende; daß die Gloſſe zu dem erſten einen Fall vom Jahre 1513 erzählt, worin es zur Anwendung gekommen ſei; daß das Letztere im Stader Statut fehlt, dagegen das Erſtere in unſerem neuſten Statut, wogegen hier ſich das Letztere im vierten, das Criminalrecht abhandelnden Theil, in der Materie von Todtſchlägen, IV, 48, in einem Artikel mit allen übrigen Fällen einer erlaubten Züchtigung etwas verändert zuſammenfindet. Wir haben das letztere Ordel in der Lehre von der Zurechnung (Vortr. 1, 2, 414) bereits betrachtet, und hier nur noch zu erinnern, daß, wie ſchon oben (§ 33) bemerkt, das Beſſern mit ſeinem Leben eine der höchſten Geldbußen bedeutet.

Es iſt ferner ſehr bemerkenswerth, daß keins unſerer Statute über das rein perſönliche Verhältniß zwiſchen den Ehegatten *anderweitige* rechtliche Beſtimmungen, als dieſe hat, und hier kein Grund aus dem Römiſchen Recht zu entnehmen iſt, woraus mit Sicherheit darauf geſchloſſen werden könnte, daß man mit dieſen Ordelen dem Einfluſſe deſſelben hätte etwa entgegenwirken wollen. Es entſteht daher vor allen Dingen die Frage, warum hat man es 1270 nothwendig gefunden, dieſe beiden Ordele in die Codification aufzunehmen, warum ferner, es 1497 einzuſchärfen, daß das erſte noch in Obſervanz ſei, und doch 1605 grade dies wegzulaſſen, und das zweite zu modificiren?

Um dieſe verſchiedenen Fragen richtig zu beantworten, muß man beſonders berückſichtigen, daß in dem einen wie in dem andern Ordele der Fall der Verſchuldung der Frau von demjenigen, da ſie ane ſchult iſt, unterſchieden, und ferner daß in dem erſteren geſagt wird, de man *ſchal* de vrouwen an ene kameren fluten, und dat *mot* he wol don. Auf den letzteren Umſtand, und daß es nicht etwa heißt, der Mann *darf* es thun, habe ich ſchon in meinen vorhin erwähnten früheren Vorträgen (1, 2, 414 Anm. 2) aufmerkſam gemacht. Es wird hier alſo

Digitized by Google

nicht etwa ein Recht, sondern eine Pflicht des Ehemannes näher bestimmt; die Bestimmungen können, sofern sie eine Härte für die Frau enthalten, nur auf Dasjenige, was zu ihrem Besten gereicht, Bezug haben. Wenn sie Schuld hat, dann soll der Ehemann einschreiten. Worin die Schuld der Frau bestehen müsse, um dies Einschreiten des Ehemannes zu veranlassen, das mag man überflüssig gefunden haben genauer anzudeuten, weil man hier in den christlichen Ehepflichten genügende Bestimmungen fand. Wenigstens enthalten darüber unsere Ordele keine Aufschlüsse. Am Schlusse des ersten wird gesagt, die dort verstandene Verfügung des Mannes solle fortdauern, al wante se ereme dinge rechte deyt. Es läßt sich daraus vielleicht entnehmen, daß nicht der einzelne Fall eines Versehens, sondern ein wiederholtes oder ein fortgesetztes Verhältniß, eine Vernachlässigung ihrer Pflichten, die sich nicht auf einen einzelnen Fall beschränkt, gemeint ist. Dazu aber läßt sich aus dem Ordel von 1270 VI, 7, dessen bereits § 28 gedacht wurde, ein Umstand hierher ziehen, welcher unsere Auffassung der alten Ordele rechtfertigt. Selbst wenn die Frau sich vordorperet, wenn sie sich also ein grobes Verbrechen gegen ihren Mann hatte zu Schulden kommen lassen, und nur das Recht des Ehemannes über die Güter seiner Frau, nicht einmal über ihre Person in Frage stand, wurden ihm gewisse Befugnisse nur unter der Bedingung eingeräumt, daß das Verbrechen deme rade witlik were, daß es also die Gränzen des häuslichen Geheimnisses überschritten, und ein öffentliches Aergerniß erregt hatte. Ebenso soll nach dem ersten unserer beiden Ordele der Mann seinerseits wegen übler Behandlung seiner Frau angesehen werden, wenn es witlik is den naburen vnde guden luden vnde deme rade, und es läßt sich daraus gewiß umgekehrt schließen, daß dieses auch bei der Gewalt vorausgesetzt wird, welche der Mann ausüben soll.

Betrachtet man die Ordele von dieser Seite, so gewinnen sie eine ganz andere Ansicht, von welcher aus es sich begreifen läßt, daß sie im Verlauf der Zeit ihre ursprüngliche Wichtigkeit und Bedeutung verlieren mußten. In jener Zeit hatte die Staatsgewalt, welche die Polizei handhabt, noch nicht die Ausbildung erlangt, welche ihr jetzt beiwohnt. Es mußte bestimmt ausgesprochen werden, daß eine gewisse gleichsam polizeiliche Controlle

Digitized by Google

dem Manne in seinem Hause oblag[3]), um einer ungemessenen Selbsthülfe und zugleich dem häuslichen Unfrieden zu steuern. Wir haben uns davon überzeugt (§ 38), daß zu der Zeit, aus welcher unsere Ordele stammen, die Vormundschaft des weiblichen Geschlechts etwas durchaus Neues in unserem Stadtleben war, daß die Frau, sei es als erwachsene und alleinstehende Jungfrau oder als Ehefrau oder als Wittwe, mit einer Selbstständigkeit auftreten durfte, welche um so mehr jene zwei Ordele als nothwendig rechtfertigt, um derselben Gränzen zu ziehen, bei dem gebräuchlichen Accusationsverfahren in Criminalsachen die Klagen des Ehemannes gegen seine Ehefrau abzuschneiden, und ihre persönlichen Verhältnisse auf den häuslichen Kreis zu beschränken. Aus dieser Veranlassung dürften die beiden Ordele hervorgegangen sein; auch scheint es, als ob im Verlaufe der Zeit besonders das erste nur darum noch von Erheblichkeit geblieben ist, weil es Verfügungen enthält, wenn der Mann seinerseits sich gegen seine Frau vergißt. Wenigstens hat die Glosse zu 1497 nur einen Fall aufbewahrt, wo wirklich der Mann nach diesem Ordel bestraft worden ist. In der Zeit unseres neusten Statuts hatten sich die Verhältnisse so sehr verändert, daß die Pflicht des Mannes ein Recht desselben geworden war, welchem Gränzen gezogen werden mußten, und so fiel dies Züchtigungsrecht des Eheherrn mit dem der Herrschaft, des Lehrers und des Zunftmeisters zusammen.

Wenn man die Ordele von einer andern Seite auffaßt, wenn man namentlich mit Harder (S. 29) annimmt, daß sie auf das Mundium des Ehemannes hindeuten, daß sie von einem Züchtigungsrecht handeln, welches ebenfalls aus dem Mundium fließe: so legt man nicht nur in den Begriff des Mundium Momente hinein, die demselben, schon seiner allgemeinsten Auffassung nach, fremd sind (§ 34), sondern es führt dies in der Auslegung der

3) Einer solchen polizeilichen Verfügung über die Gewalt des Hausherrn begegnen wir auch sonst in unseren alten Ordelen, z. B. in dem Verbot der Aufnahme eines Versesteten X, 2, und erkennen hierin den Beweis einer noch nicht gehörig ausgebildeten Polizei der Stadtbehörden. Ebenso schweifen unsere Ordele auch in das religiöse Gebiet hinüber, und sagen z. B. IV, 4, wo sie der Frau auf dem Todbette die Vergabung dor God gestatten, en vrouwe mach wol vnde mot wol.

Digitized by Google

Ordele zu den ausschweifendsten Resultaten und Widersprüchen. So müßte das zweite Ordel, wenn man es als eine Anerkennung des Züchtigungsrechts ansieht, zu der barbarischen Consequenz führen, daß der Mann seine Frau nicht blos schlagen, sondern auch sonst züchtigen, ja darin so weit gehen dürfe, als er wolle, wenn er sie nur nicht todt schlägt. Damit würde denn wiederum in einem sonderbaren Contraste die Bestimmung des andern Ordels stehen, wo von solchen Züchtigungen gar nicht die Rede ist, sondern der Mann sie höchstens in eine Kammer einschließen darf, und wenn er sie „übel behandelt" ohne ihre Schuld, auf eine ganz exorbitante Weise und für Lebenszeit bestraft wird. Man würde dann selbst diese Art der Strafe unbegreiflich finden müssen. Man würde mit Cropp Abh. 2, 492 bloße Verschwendung nicht zu der, so bedeutende Folgen nach sich ziehenden „üblen Behandlung" der Frau rechnen können, was man doch wohl eigentlich muß (§ 46 a. E.). Wenn man hingegen die Ordele als Verhaltungsmaaßregeln ansieht, welche dem Manne gegen die Frau zur Pflicht gemacht werden, so kann von einer Ueberschreitung dieser nothgezwungenen Handlungen bis zu dem Grade etwa gefährlicher, wenn auch nicht lebensgefährlicher Verwundungen nicht die Rede sein, es kann die Polizeigewalt des Ehemannes dahin verstanden werden, daß er, eben weil er sie handzuhaben angewiesen ist, auch für ein unglückliches und unverschuldetes Ende nicht weiter als mit Geld zu büßen braucht, und daß man nicht jede unerhebliche Verschuldung der Ehefrau als einen Rechtfertigungsgrund für den Ehemann betrachten kann, die äussersten Mittel gegen sie in Anwendung zu bringen. Dann erhält auch der Ausdruck tachtigen seine volle Bedeutung, indem er eben die Ausübung der Zucht und die Zurückführung zur Zucht begreift. Freilich bleibt noch immer eine für das Nervensystem unserer Zeit verletzliche Härte, die aber dem kräftigeren Geist der Vorfahren zu Gute gehalten werden muß, nicht aber etwa als ein Ueberrest einer barbarischen Vorzeit betrachtet werden darf, wo dem Manne noch rohere Ausbrüche seines Despotismus gestattet waren.

Uebrigens verliert die Vorschrift des zweiten Ordels, daß der Mann mit Geld die culpose Tödtung seiner Frau büßen solle, ihre ganze Schärfe, wenn man sie mit dem ersten Ordel vergleicht, wo der Frau die Möglichkeit gelassen ist, unverschuldete Mis-

Digitized by Google

handlungen zu einer geeigneten Publicität zu bringen, um dem Manne sie für die Folgezeit unmöglich zu machen.

Es wird nothwendig sein, näher zu beleuchten, was es heißt, de man schal sines gudes vnweldich wesen [4]).

§ 45.

Fortsetzung.

Wir haben hier zwei Ansichten bisher vertreten gefunden. Cropp Abh. 2, 492 ff. meint, die Vorschrift entziehe der Verfügung des Mannes das beiderseitige Vermögen, und ordne es der Verwaltung eines Dritten unter, welches hiervon die nothwendige Folge gewesen. Harder S. 48. 49 meint, es habe die Unbändigkeit des Eheherrn in der Ausübung des Züchtigungsrechts, welches sich mit der christlichen Ansicht der Ehe schlecht vertragen, durch die Strafe gezügelt werden sollen, daß man ihn für unmündig erklärt, und auch seine Güter unter die Verwaltung eines Andern gestellt habe.

Weder die eine noch die andere Auslegung rechtfertigt es zur Genüge, warum nur des Gutes des Ehemannes gedacht, warum nicht gesagt wird, ihm solle die Verwaltung grade des Vermögens auch seiner Frau entzogen werden, die von ihm übel behandelt war. Man muß auch bei beiden Auslegungen bekennen, daß für das Interesse der Frau schlecht gesorgt gewesen wäre, wenn man, um den Mann für persönliche Angriffe auf seine Frau zu bestrafen, und doch wohl auch zugleich diese dagegen sicher zu stellen, ihm blos die Verwaltung des Vermögens entzogen hätte.

Diese Ausleger haben aber wohl die Zeit dieser Ordele und den damaligen Rechtszustand nicht gehörig beachtet. Wir haben es schon (§ 38) nachgewiesen, daß bei uns in Beziehung auf die Bevormundung erwachsener Personen das Recht zur Zeit unserer ältesten Ordelsammlung erst anfing in die bisherigen factisch und sittlich bestehenden Zustände einzugreifen. Auch der Ehemann hatte bisher das Mundium über seine Ehefrau gehabt, welches darin bestand (vgl. § 34), nicht etwa daß er eine Gewalt über sie ausübte, sondern daß er sie schützte und vertrat, überall wo ihre

4) Ueber die Frage, wem dann die Verwaltung zufiel, s. auch noch § 57 Anm. 3.

Digitized by Google

Schwäche oder, wie bei öffentlichen und gerichtlichen Handlungen, die Volkssitte dies erforderte. Aber sie hatte auch ohne ihn bei uns bisher sogar gerichtliche Acte, z. B. Resignationen, vornehmen können, er hatte selbst Dispositionen, welche das gemeinschaftliche Vermögen betrafen, nur mit ihr, in ihrer Gegenwart und unter ihrer persönlichen Zuziehung anordnen dürfen. Aus einer Zeit, wo vermuthlich der Schlußsatz von dem Ordel IX, 13 noch nicht aufgestellt, wo davon noch nicht die Rede war, daß eine Frau ohne einen Vormund gar nicht handeln dürfe; aus derselben Zeit, woher die Ordele VIII, 1 — 3 stammen, die das Verhältniß der Frau zu den Mägden ebenso reguliren, wie das des Mannes zu den Knechten, und namentlich die Frau für den Lohn der Mägde ebenso wie den Mann für den der Knechte persönlich verantwortlich halten, und die (vgl. VIII, 6) selbst das Züchtigungsrecht der Dienstboten, die ihre schottelen wasschet, also ganz besonders der ihr untergebenen ihr einräumen: — aus dieser Zeit stammt auch das Ordel III, 8, und man dachte bei der rechtlichen Bestimmung über Vergehen eines Mannes gegen seine Ehefrau nicht daran, daß ihm auch die Vertretung und der Schutz *ihrer* Güter oblag, zumal bei den bereits anderswo von mir entwickelten Ansichten über Gütergemeinschaft (vgl. meine Vortr. 2, 2, 252 ff.). So erklärt es sich, warum nur sines gudes Erwähnung geschieht.

Aber wir können hier nicht stehen bleiben. Wir haben schon anderswo (Vortr. 2, 2, 191 ff.) nachgewiesen, daß Vormund seiner Güter sein und darüber Gewalt haben zwei verschiedene Rechte bezeichnen, daß so wenig als die Gewehr an sich etwas mehr als das Recht der Vertretung und Vertheidigung, und namentlich an und für sich nicht das Recht der Veräusserung begreift, ebenso wenig die Vormundschaft an sich zu der Verfügung über Person oder Vermögen berechtigt. Es ist also anzunehmen, daß das sines gudes vnweldich mehr umfaßt, als eine bloße Unmündigkeitserklärung. Man wird hierin um so mehr bestärkt, da in beiden Statuten, von 1270 und 1292, das Ordel III, 8 neben III, 7 [1]) steht, wo es von einem Kinde, auf welches Gut vererbt, wenn es dem Rath bekannt wird, daß es ereme dinge vnrechte doet, heißt, dat kynt ne schal sines gudes nicht weldich

1) Vgl. unten § 93. 94.

Digitized by Google

syn al wente in de tyd, dat it syneme dinge rechte deit. Vnde de anderen kindere scholen des gudes weldich syn, de ereme dinge rechte dat. Macht diese Bestimmung keinen Unterschied zwischen dem Alter der Kinder, so geht sie offenbar davon aus, daß auch Diejenigen, welche auch sonst noch unfähig sind, ihr Vermögen selbst zu verwalten, ihres Gutes nicht weldich sein sollen, daß somit dieser Ausdruck mehr begreift, als die ohnehin stattfindende Vormundschaft.

Erwägt man dabei, daß der Frau mit irgend einer Beschränkung der Rechte ihres Mannes über das Vermögen nicht geholfen sein würde, wenn sie nichtsdestoweniger in dessen Mundium verblieben, oder auch nur gezwungen gewesen wäre, dasselbe Haus mit ihm zu theilen; daß ferner selbst Nachstellungen nach ihrem Leben und lebensgefährliche Drohungen ihr nach strengem canonischem Rechtsbegriff (vgl. Richter Kirchenrecht 2, 533) keinen Grund zu einer immerwährenden Separation gaben, und daß es vielleicht angemessen erscheinen mochte, dem Send die Entscheidung über die Vermögensverhältnisse im Fall einer nothwendigen temporären Trennung aus der Hand zu nehmen: so muß man vermuthen, daß das Ordel III, 8 eine solche Anordnung getroffen hat, welche den Mann von Haus und Gut entfernte, und die Verwaltung desselben der Frau überließ, ohne in genauere Vorschriften desfalls sich einzulassen. Es verstand sich von selbst, daß als die Rechtsansicht zum Durchbruche kam, es sei jedes Frauenzimmer unmündig, in einem solchen Falle die Verwaltung ihr nicht allein überlassen, sondern auch oder nebenbei in die Hände eines bysorgers gelegt worden ist. Allein es scheint das Ordel selbst aus einer Zeit zu stammen, wo daran nicht gedacht war, und wo die Sitte das Weitere in einer unbezweifelten Weise ordnete.

§ 46.

Fortsetzung.

Es wird überhaupt etwas genauer zu untersuchen sein, ob wirklich, wie Cropp Abh. 1, 9 sagt, die Frau für ihre Person — von dem Vermögen wollen wir abgesondert (§ 49 ff.) reden — der cura maritalis des Mannes auch bei uns untergeordnet gewesen ist, und ob dieses wirklich in dem Begriffe des ehelichen Mundiums gelegen hat. Nach unseren bisherigen Ermittelungen über das Mundium überhaupt (vgl. § 34) läßt sich eine solche Behauptung nicht

Digitized by Google

für das eheliche aufstellen. Prüfen wir daher Cropp's sonstige Argumente.

Er beruft sich zuerst auf ein Burgundisches Gesetz. Ich habe mich schon oft gegen den unbedingten Gebrauch aller solcher Quellen für das Deutsche Recht erklärt, aus welchen sich dasselbe nicht mit einiger Gewißheit rein und unvermischt schöpfen läßt. So legt freilich jenes Burgundische Gesetz dem Manne eine potestas bei. Daß aber der Gebrauch des einzelnen Wortes, wo es, zumal dem ganzen Zusammenhange nach, noch immer zweifelhaft bleibt, ob es nicht eben nur eine Uebersetzung des der Römischen Sprache fremden Begriffs ist, zur Annahme eines wirklichen Gewaltsrechtes sollte befugen dürfen, welches über den Schutz und die Vertheidigung hinausgeht, das scheint mir bedenklich, und überdies läßt sich eine rein Deutsche Auffassung hier wohl um so weniger annehmen, da ausdrücklich auch von der Römerin die Rede ist.

Die ferner von Cropp citirte Urkunde von 1131, welche einer manus mariti sui gedenkt, setzt es noch mehr ausser Zweifel, daß der Römische Rechtsbegriff von manus hier, wie anderswo, unterlief. In den Worten in cuius mundiburdio [1]) ipsa et bona eius habebantur, worin das Verhältniß des Mannes zur Person und zu den Gütern seiner Frau zusammengestellt wird, und namentlich in dem Ausdruck mundiburdium, worüber meine Vorträge 2, 2, 191 Anm. 4 zu vergleichen sind, findet sich nicht sowohl seine Gewalt, als seine Verbindlichkeit angedeutet, Person und Gut der Frau zu vertreten und zu vertheidigen.

Die Allegate Cropp's aus dem Sachsenspiegel 1, 31 und 45 sprechen nur von Vermögensverhältnissen und von persönlichen Rechten der Frau, von denen ihres Mannes über ihre Person aber nicht. Mann und Weib haben kein verzweigtes Gut. Er nimmt all ihr Gut in seine Gewehr zu rechter Vormundschaft, d. h. zu ehelicher, gesetzlicher Vertretung; darum hat die Frau nicht das Recht der Vergabung auf den Todesfall auf Unkosten ihrer Verwandten, denn ein anderes Recht der Gewehr gewinnt

1) Mundibordius defuncti wird als executor negotii auch im Lübischen Recht Cod. Hach. I, 123 gefunden, als Vormund einer Frau 1, 21, von Kindern 1, 23. 24.

Digitized by Google

der Mann nicht an dem Gute seiner Frau, als welches ihm durch die Vormundschaft zukommt. Mithin nur Verwaltung, Vertretung, nicht Dispositionsrecht, nicht einmal auf den Todesfall, und nicht zu seinen Gunsten. Somit enthält 1, 31 Nichts für Cropp's Ansicht. Die Stelle 1, 45 spricht von der Vergabung, und gestattet ihr auch den Verkauf ꝛc. nicht ohne ihres Mannes gelob, da er ihr Vormund ist.

Im Schwabenspiegel wird 263, 2 gesagt, er sei ihr Vogt und Meister, dominus et curator. Man kann hier wohl die biblische Auffassung erkennen[2]), nicht aber die Römische, und weder den Begriff dominus noch Meister streng nehmen. Der Grund davon, daß eine Frau ohne ihres Mannes Urlaub nichts weggeben, verkaufen ꝛc. darf, da er mit ihr an der gewere sicȝet, wird 313, 1 darin gefunden, weil er ihr Vogt sei (curator im Lateinischen Text). Hier zeigt die Beziehung auf die Gewehr klar, so wie der Ausdruck curator, daß von einer Gewalt nicht die Rede ist. Weil er für sie zu sorgen, sie zu vertreten hat, darum, meint der Spiegel, soll sie nicht ohne seinen Urlaub jene Geschäfte eingehen. Es ist ihr übrigens an sich nicht verwehrt, nur soll er es genehmigen. Dabei darf nicht übersehen werden, daß das Gewehrverhältniß hier wie im Sachsenspiegel 1, 45, 2, als eine Gemeinschaft angesehen wird, er sitzt mit ihr an der Gewehr, und somit ist um so mehr irgend ein Vorrecht von seiner Seite, ein Vorzug, oder gar eine Gewalt ausgeschlossen.

Cropp bezieht sich endlich namentlich auch auf Eichhorn. Dieser weist freilich aus Tacitus und älteren Deutschen Volksrechten nach, daß der Mann danach die Frau gleichsam gekauft, daß er ihr einen Brautschatz bestellt, wovon ausser dem Wittthum ein Theil die Miethe, der Preis gewesen, den er an Denjenigen bezahlt, der das Mundium über die Frau gehabt. Unmöglich läßt sich aber hieraus ohne Weiteres annehmen, daß sie gleichsam

2) Ebenso in der Stelle 256, 2, wo von den Eheleuten gesagt wird wann es ist nicht denn eyn leyb. Aus derselben Quelle, der christlichen Auffassung des ehelichen Verhältnisses, floß auch das Verbot der Römischen Kaiser, Sicherheit für die Erhaltung der dos zu fordern. Justinian selbst erklärt l. 2 C. ne fideiussores dotium dentur (5, 20) als Grund dieses Verbots: ne causa perfidiae in connubio generetur.

Digitized by Google

eine Waare, der Gegenstand eines Handels, und damit die Sklavin ihres Käufers gewesen. Wie sehr eine solche Auffassung der Opfer, die der Mann zu bringen hatte, um ein Mädchen ehelichen und ihr Vertreter sein zu dürfen, in Römischen Rechtsansichten wurzelt, von denen es schwer wird sich loszureissen, bekundet auch Grimm R. A. S. 447, der zwar nach dem Sachsenspiegel anerkennt, die Frau sei des Mannes Genossin, also seiner Ehren und Rechte theilhaftig geworden[3]), dennoch aber das Verhältniß der Deutschen Ehefrau gradezu als eine conventio in manum mariti, und sie als unter der Gewalt des Mannes befindlich betrachtet. Eichhorn Rechtsgesch. I, 347, der ebenfalls behauptet, das Mundium des Ehemannes habe ihm eine ziemlich unbeschränkte Gewalt über die Person und das Vermögen der Frau gegeben, beweist nur mit den allegirten Stellen aus den Alemannischen, Langobardischen und Burgundischen Rechten, daß die Frau ohne den Willen Desjenigen, in dessen Mundium sie gewesen, nichts habe verschenken oder veräussern dürfen. Es folgt aber daraus nicht einmal, daß der Mann die Veräusserung ihrer Güter ohne sie gehabt, geschweige denn irgend Etwas für seine Rechte über ihre Person. Bemerkenswerth übrigens ist es, wenn selbst Eichhorn S. 348 die potestas, welche die alten Rechte

3) Man hat diese Aeusserung nach mehreren Seiten hin zu sehr urgirt. Budde ist sogar so weit gegangen, sie auf die Theilnahme der Frau an dem Stande ihres Mannes zu beschränken. Wie wenig eine einseitige Beziehung darin liegen sollte, beweist sich aus den von Cropp Abh. 2, 438 Anm. 15 citirten Stellen (vgl. auch Thomas Frankfurter Oberhof S. 112. 113). Das Freiburger nach Cölnischem verliehene Stadtrecht setzt zu den Worten omnis mulier est genoz viri sui noch insbesondre hinzu: et vir mulieris similiter, und ein Berner Recht sagt: cuiuscumque fuerint conditionis, pares sint in omni iure. Jedenfalls widerstreben diese Ausdrücke dem Bemühen, hier Römische Verhältnisse von einer manus anzunehmen. Diese strenge Rechtsform hat mit dem Mundium nichts gemein. Durch sie gerieth die Ehefrau in das Verhältniß einer Tochter zu ihrem Ehemanne (vgl. Savigny System 2, 50), ihr gegenseitiges Verhältniß war also von dem der patria potestas nicht unterschieden, während die Deutsche Frau als die Genossin ihres Mannes ihm vollkommen gleich stand, und das Mundium ihr nur den Anspruch auf seinen Schutz und Beistand, nicht aber ihm irgend eine Gewalt über sie gab.

Digitized by Google

der Westgothen und Burgunder, die obendrein Römische Beimischung hatten, der Wittwe über ihre Söhne beilegen, auf Zucht und Beisitz beschränken will. Warum soll in denselben Rechten der Ausdruck potestas, wenn er beim Mundium gebraucht wird, schärfer genommen werden? Das Mundium beschränkte sich auch hier auf Verwaltung und Vertretung, und bei gerichtlichen Schritten blieb das Verhältniß, wonach das Weib überall nicht in öffentlicher Versammlung selbstständig handelte. So wird der Ausdruck potestas auch im Langobardischen Recht gebraucht (vgl. die Stelle bei Eichhorn I, 344 Anm. k. Walter I, 710), wenn es heißt, daß die Meta oder das Kaufgeld in potestate puellae aut mulieris verbleibe, sobald der Mann eine gewisse Zeit nach dem Eheverlöbniß verstreichen läßt, ohne sie heimzuführen. Daß dabei an eine eigentliche Gewalt nicht zu denken ist, bestätigt sich aus der Bestimmung des Burgundischen Rechts (Eichhorn S. 345), wonach der Mann, welcher seiner Frau nicht ein Verbrechen vorwerfen kann, und von ihr will, aus dem Hause gehen darf, alle Sachen aber zurücklassen muß, und die Frau die Gewalt über alle Sachen ihres Mannes bekommt (vgl. Grimm S. 454): eine Bestimmung, welche sehr an unser Ordel III, 8 (§ 45) erinnert.

Wenn Eichhorn (I, 345) das persönliche Recht der Frau so sehr beschränkt, daß er sogar meint, sie habe sich von ihrem Manne nicht einmal scheiden dürfen, so beweist dies das Burgundische Recht, worauf er sich beruft, nicht; denn dies ist offenbar nur von dem Falle zu verstehen, wenn eine Frau ihren Mann gewaltsam entfernt, wegjagt, dimiserit, nicht wenn sie gegen den Mann vor dem geistlichen Gericht über sein Verbrechen eine Klage erhebt. Diese Klage stand ihr unstreitig zu, z. B. auch darum, weil er numquam cum ea mansisset, wobei es gleichgültig ist, ob man diesen Schadensgrund als Canonisches oder rein Germanisches Recht betrachten will.

Sarauw in Falck's Neuem Staatsb. Mag. 6, 159 zu Anm. a meint sogar, unter Bezugnahme auf den Sachsenſp. I, 52, vgl. 31. 45. 3, 45, die Frau habe während der Ehe dem Manne nicht widersprechen dürfen, selbst wenn er unrecht gehandelt. Nach Schonischem Lov habe die Frau keinerlei Klage gegen den Mann gehabt. Ich lasse die Beweisstellen für eine so exorbitante Be-

Digitized by Google

hauptung aus andern Rechten hier auf sich beruhen. Jedenfalls ist sie in sich selbst zu seltsam, um für ein gemeines Princip des Germanischen Rechts angesehen werden zu können, und sie steht mit mehreren unserer alten Ordele im Widerspruch. Die Stellung des Ordels von 1270 III, 16, wo der Fall unnützer Kosten, Unkeuschheit und Spiel eines Theilhabers der Gemeinschaft berechtigt, ihn allein dafür haften zu lassen, und nothwendig voraussetzt, daß es den übrigen Genossen möglich sein muß, ein solches Recht geltend zu machen, läßt die Anwendung auf die vorher und nachher erörterten ehelichen Verhältnisse und damit das Klagerecht der Frau unbezweifelt. Ebenso setzt der Fall III, 8 ein solches Klagerecht der Frau voraus, und das Ordel spricht ganz allgemein von übler Behandlung, in welchem allgemeinen Ausdrucke die Entziehung der Alimente durch verschwenderische Lebensweise (vgl. § 44) oder durch unsittlichen Lebenswandel des Mannes gewiß begriffen ist, so daß man nicht Cropp 2, 492 beipflichten kann, wenn er die bloße Verschwendung des Mannes überhaupt nicht, also auch nicht dann, falls sie auf eine Beschränkung der Frau in ihrem Nothdürftigsten führt, zur üblen Behandlung rechnen, und das Recht der Frau, gerichtliche Schritte desfalls zu ergreifen, in der Anm. 117 einer späteren Zeit zuschreibt [4]).

§ 47.

Fortsetzung.

Auch sonst kann man nicht umhin, Cropp vorzuwerfen, daß er das persönliche Verhältniß der Alt-Hamburgischen Ehefrau nicht ganz richtig gewürdigt hat. Es scheint, als ob er überhaupt der Natur der zwischen den Eheleuten bestehenden Gemeinschaft nicht die gehörige Geltung hat widerfahren lassen, und zwar, um hier dabei stehen zu bleiben, zunächst in persönlicher Beziehung nicht. Er spricht z. B. Abh. 2, 438 entschieden aus, die Ehe-

4) Es ist bemerkenswerth, daß die Stelle aus Langenbeck's Glosse zu 1497, die hier Cropp zum Beweise dieses späteren Rechts allegirt, bei Lappenberg S. 240, ebenso wie Cropp's ferneres Citat Abh. 2, 518 Anm., bei Lappenberg S. 261, und endlich B. M. Anderson's Citat zu 1270 I, 3 bei Lappenberg S. 297 fehlt. Es muß also doch diese Bearbeitung der Langenbeck'schen Glosse ungenügend, und eine Revision rathsam sein.

Digitized by Google

frau habe als solche, und das nicht sowohl aus Pflicht, sondern noch mehr vermöge eines ihr durch die Sitte eingeräumten Rechts dem Hauswesen vorgestanden. Wenn er sogleich hinzufügt, es sei der Hausstand nothwendig einer und derselbe für beide Eheleute gewesen, so hätte darin schon eine bedeutende Beschränkung jenes Verhältnisses der Ehefrau gefunden werden müssen. Daß sie dem Haushalt nicht in einem exclusiven Sinne vorgestanden haben könne, daß auch in dieser Hinsicht eine Gemeinschaft bestand, von welcher man sich noch heutiges Tages dadurch einen Begriff machen kann, wenn man in vielen Städten, namentlich in England, den Mann die Markteinkäufe für den Hausstand machen sieht, — ergiebt die Bestimmung von 1270 IX, 13, 2, wonach, wenn der Mann dafür haften soll, sie nur einseitig Wimpeln, Docke und Flachs einkaufen kann. Wenn wir auch weiterhin (§ 48) ermitteln werden, daß diese Bestimmung neuer ist als der erste Theil des Ordels, so läßt sich doch daran erkennen, daß selbst die Führung des Hauswesens nicht anders als von dem Gesichtspunkt der Genossenschaft und Gemeinschaft aus betrachtet werden kann, welche den Theilnehmern unter einander an sich keine Vorrechte gab, sondern eben wegen der Untheilbarkeit, als Kriterium dieses Rechtsverhältnisses (vgl. meine Vortr. 2, 2, 258 ff. und besonders 268), die gegenseitigen Rechte der Einzelnen in dem Begriff der Gewehr aufgehen ließ.

Nur der alten Volkssitte gemäß durfte die Frau nicht in öffentlicher Versammlung Schritte vornehmen, und wenn wir in dem alten Resignationenbuch viele Beispiele finden, wo Frauen ohne männlichen Beistand resignirten, so beurkundet sich hier jedenfalls ein hoher Grad von Selbstständigkeit, von, um mit einem modernen Ausdruck zu reden, Emancipation, man mag nun annehmen, daß sie ohne Weiteres von jeher bei uns dem weiblichen Geschlecht eingeräumt ward, oder nur darum hier statthaft erachtet wurde, weil man die Resignationen nicht in der ganzen Bedeutung von öffentlichen Handlungen in dieser Beziehung auffaßte, oder daß man vielleicht, weil die Frau nie ohne männliche Begleitung erschien, überflüssig erachtete, dies zu erwähnen, und einen solchen männlichen Begleiter vor 1270 vielleicht auch nicht aus dem Gesichtspunkt eines förmlichen Geschlechtsvormundes betrachtet haben mag. Daß übrigens sonst auch bei uns das

Digitized by Google

weibliche Geschlecht es sich nicht erlauben durfte, in öffentlicher Versammlung selbstständig aufzutreten, läßt sich mit der zuerst 1292 G, 28. 1497 E, 8 vorkommenden Vorschrift darthun, wo ausdrücklich zu sagen für nöthig erachtet wird, was sich nach unseren Rechtsbegriffen von selbst verstehen würde, was aber, wenn man annimmt, daß erst 1270 der Grundsatz von der lebenswierigen Unmündigkeit des weiblichen Geschlechts gesetzlich ausgesprochen worden ist, sich daraus, daß dies Zweifel erregen konnte, erklärt: Es solle nämlich die Frau den Eid, den sie zu leisten hat, falls sie vor Gericht oder vor dem Rathe aus irgend einem Grunde beschuldigt wird, in Person leisten, und nicht etwa ihr Mann [1]). Uebrigens sieht man der ganzen Vorschrift, wenn man dies auch nicht aus dem Manuscript selbst wüßte (vgl. Lapp. S. 133), ihren späteren Ursprung an, besonders wenn man erkennt, daß hier des Eides mit einer fast schon canonischen Beimischung gedacht wird (vgl. meine Vortr. 2, 1, 14 ff.).

Auch mag es schon hier erwähnt werden, daß Roßhirt in seiner Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht 6, 1, 107 Anm. 50 meint, die jetzt noch bestehende Beistandschaft über Weiber sei ein Ueberrest ihrer alten Wehrlosigkeit. Man kann hiergegen schon aus der Jetztzeit einen Einwurf entlehnen. Denn wie kommt es dann, daß sich diese Beistandschaft grade noch in unserer Stadt findet, und schon z. B. im Hannoverschen für unverheirathete Frauen und Wittwen nicht mehr, und selbst in Altona nur in der Art, daß Frauenspersonen überhaupt für jeden einzelnen Gerichtsact jeden beliebigen männlichen Beistand sistiren dürfen? Wenn man nun freilich mit Falck (Schlesw. Holst. Privatr. 5, 117 Anm. 66) bekennen muß, daß das Institut der Geschlechtsvormundschaft nach den älteren Rechtsbüchern noch viel Dunkel enthält, so kann man wenigstens bei uns nicht verkennen, daß die Sitte dem weiblichen Geschlecht eine sehr große Selbstständigkeit eingeräumt hatte, was in dem Wesen eines bürgerlichen, zunächst auf städtischen Erwerb, auf Handel und Wandel gegründeten Haushalts seinen Grund gehabt haben mag, und daß von ihrer

1) Für einen besondern Fall ist der Frau auch im Lübischen Rechte Cod. Hach. II, 13. III, 156 ein Eid nach des Mannes Tode gestattet, vgl. damit unser Statut von 1270 III, 10, 1, und hierzu meine Vortr. 1, 2, 482 ff. S. auch Sachsenſp. 1, 47, 1.

Digitized by Google

Wehrlosigkeit sich in unseren ältesten Ordelen nur insofern Spuren finden, als in Zusätzen zu denselben, deren Ursprung unläugbar jünger ist, die Ansicht sich Bahn macht, daß sie zu gerichtlichen Handlungen einen männlichen Beistand hinzuzogen, welche Spuren nicht sowohl auf ihre alte Wehrlosigkeit, als vielmehr, eben weil sie jüngeres Recht enthalten, auf die Ansicht zurückführen dürften, daß es für das weibliche Geschlecht nicht schicklich erachtet wurde, in öffentlichen Versammlungen ohne männlichen Beistand zu erscheinen. Was sich daher an rechtlichen Bestimmungen über die Geschlechtsvormundschaft des weiblichen Geschlechts in unserem ältesten Stadtrecht findet, das ist blos als maaßgebend für diese Sitte, nicht aber als Ueberrest der alten Wehrlosigkeit, noch etwa überhaupt als Abhülfe für die Schwäche und Unfähigkeit der Frau zu betrachten, ihre Vertheidigung selbst zu übernehmen, welche Rücksicht einer Vorschrift, wie z. B. der im Sachsenſp. I, 43, wenigstens ebenso gut zum Grunde liegen kann, als das alte Princip der Gewehrlosigkeit, so wie denn schon Tacitus Germ. 18 von der Deutschen Frau, die in die Ehe tritt, sagt: venire se laborum periculorumque sociam, idem in pace, idem in proelio passuram ausuramque, was gewiß nicht für die Wehrlosigkeit als die älteste Auffassung des weiblichen Charakters bei den Deutschen spricht.

§ 48.

Fortsetzung.

Die vorangegangenen Betrachtungen haben uns den Weg zur richtigen Auslegung eines Ordels gebahnt, welches 1270 IX, 13 sich findet, und schon einmal theilweise in unseren Vorträgen über das Selbstpfändungsrecht (Vortr. 2, 1, 81 ff.) besprochen worden ist. Es lautet vollständig so:

§ 1. So we schult vorderet uppe enen man, de nicht gelden ne mach, noch borgen setten, vnde bekent he der schult: de voghet schal eme den man antworden vor syn gelt, vnde den schal he holden vnuorderft vnde mit spise gelik syneme gesyune. Wil he ok ene spannen mit ener helden, dat mach he wol don. Anders ne schal he ene nicht pynen. Let he ok ene gan mit willen, dat he eme dach gift, edder vnlopt he eme sunder

sinen danch, darmede ne is he nicht ledich. Al de wile dat he eme nicht ne gelt, so is he iummer syn pand vor dat gelt.

§ 2. Men schal ok nene vrouwen to pande geuen vor gelt, de nicht gelden ne mach, sunder me orlouet deme manne dat ouerste cleit to allen tyden, al wente he syn gelt heuet.

§ 3. It ne mach nen vrouwe kopen gud ane eren rechten vormunt, dat ere man gelden dorue, sunder wumpele vnde doke vnde vlas, ere vormunt beschedet vnde willkoret, so wat se koft, dat het ghelde [1]). Mer so wat en vrouwe koft ane eren vormunt, dat mach se wol vorkopen ane eme, vnde it schal stede wesen.

Schon wenn man dieses Ordel mit seinen Parallelstellen vergleicht, muß die Vermuthung sich aufdringen, daß wir es nicht mehr in seiner ursprünglichen Gestalt besitzen, sondern daß es aus mehreren Ordeln oder wenigstens Bestandtheilen zusammengesetzt ist, von denen die von mir als § 2 und 3 bezeichneten spätere Zusätze sind. Denn nur der § 1 findet sich im Sachsenspiegel, 3, 39, 1. 2., und, beiläufig bemerkt, daselbst mit Einschiebseln, die zu der Annahme berechtigen, daß dieser Theil unseres Ordels oder dieses erste Ordel in unserem Statut in ursprünglicherer Gestalt erhalten ist, als in der ersten Eykeschen Bearbeitung, die man bekanntlich gegen das Ende des zwölften Jahrhunderts setzt. So auch haben das Verdische und das Bremische Statut von 1428 3, 8 (p. Oelr. 369) nur diesen von uns als das erste Ordel bezeichneten § 1. Dagegen hat das Bremische Statut von 1303 ord. 92 (p. Oelr. 120) und von

1) Das von Lappenberg bevorzugte Bremersche Manuscript unseres ältesten Ordelbuchs liest diese Stelle so: ere vormunt bescheide it. Vnde willekoret he, so wat se koft, dat he it gelden wille, so blift it stede. Aber es weicht darin von allen übrigen Handschriften ab, und von allen Parallelstellen, welche in meinen Vortr. 2, 1, 81 nachgewiesen sind. Die Lesart dieses Manuscripts erscheint auch so ganz als ein Glossem von Jemandem, der die alte eigenthümliche Ausdrucksweise verdolmetschen will, daß man sie gewiß nicht als die ursprüngliche ansehen darf, und so haben wir hier einen abermaligen Beleg zu meiner bereits öfter ausgesprochenen Ansicht von dem geringen inneren Werth jener Handschrift.

Digitized by Google

1433 ord. 73 (p. Oelr. 535) nur § 1 und § 2, **nicht aber § 3.** Dazu ist zu bemerken, daß die Partikel ok, welche diesen § 3 mit dem Vorhergehenden verbindet, und in einigen Handschriften unseres ältesten Statuts, so wie in den Parallelstellen steht, grade in den meisten und in den für die besten gehaltenen Handschriften unseres ältesten Statuts noch nicht angetroffen wird.

Schon diese äusseren Umstände bereiten eine wohl nicht ganz unsichere Grundlage für meine Vermuthung, daß das Ordel eigentlich aus drei, sowohl dem Inhalt als der Zeit und dem sonstigen Ursprunge nach verschiedenen Bestandtheilen, oder, wenn man will, Ordelen zusammengesetzt ist, deren Trennung von einander ich durch Paragraphen-Zeichen angedeutet habe. Die beiden ersten enthalten Beschränkungen des uralten Selbstpfändungsrechts, das zweite, dessen hohes Alter grade dadurch erkennbar ist, beschränkt des Mannes Recht, wegen Ansprüche an eine Frau, ihre Person zu pfänden. Hier ist nicht von dem Vogt die Rede, wie bei dem Pfänden eines Mannes, bei dem man sein Faustrecht zu fürchten hatte, welche Besorgniß bei dem weiblichen Geschlecht wegfiel; sondern es heißt, me orlouet deme manne dat ouerste cleit to allen tyden u. s. w. Man thut gewiß Unrecht, beiläufig bemerkt, mit Gries 1, 23 und 24 zu sagen, diese Erlaubniß zur Abnehmung des Oberkleides setze ohne Zweifel eine gerichtliche Untersuchung voraus. Es würde dies zunächst mit der Art und Weise unvereinbar sein, wie der erste Fall, wo der Schuldner ein Mann ist, regulirt wird, und wo keine gerichtliche Untersuchung mit Entschiedenheit [2]) sich annehmen läßt, sondern

2) In meinen Vortr. 2, 1, 81 und 2, 2, 181 ist der Ausdruck vorderen wohl zu streng ausschließlich von einem gerichtlichen Verfahren verstanden worden, was sich wohl etymologisch, aber nicht nach dem Sprachgebrauch rechtfertigen läßt, vgl. Vortr. 2, 2, 291 Anm. 3. Nur wenn man unser Ordel auf den Sachsenspiegel zurückführen wollte, welcher hier ausdrücklich ein gerichtliches Verfahren verlangt, würde dasselbe auch in unserem Ordel angenommen werden müssen. Allein es ist nicht unwahrscheinlich, daß grade auch insofern unser Ordel in der ursprünglicheren Gestalt sich erhalten hat, als es kein gerichtliches Verfahren nothwendig voraussetzt, was auch wohl eigentlich zuerst eine zu gewagte und darum vergebliche Beschränkung des Rechts der Gewalt gewesen sein würde. Vgl. meine Vortr. 2, 2, 291.

Digitized by Google

nur die Zuziehung des Vogtes bestimmt gefordert ist. Es würde ferner mit dem damals aus den unverkennbarsten Spuren hervorgehenden herrschenden Recht der Selbsthülfe und Gewalt nicht zu vereinigen sein (vgl. meine Vortr. 2, 1, 80 ff.). Auch finde ich nirgends sonst in unseren Statuten [3]) den Ausdruck orlouet für eine gerichtliche Entscheidung oder Erlaubniß des Gerichts. Meines Erachtens ist also dieses zweite Ordel von der Beschränkung einer aussergerichtlichen Selbsthülfe zu verstehen, wo man sich, wenn die Frau die Schuld und zugleich ihre Unfähigkeit bekennt, sie zu bezahlen [4]), nicht an der Freiheit, sondern nur an dem entbehrlichsten Kleidungsstück derselben, und zwar an demjenigen, welches sie etwa beim Ausgehen nicht wohl entbehren konnte, vergreifen durfte.

Lappenberg Vorr. zu den N. A. S. LXXV bemerkt, daß diese Beschränkung zu Gunsten der Frauen sich in andern Statuten nicht finde. Die Abnahme des obersten Kleides komme aber auch im Lübischen Rechte II, 209, und zwar allgemein bei kleinen Schulden für Mann und Frau vor. Allein dies ist etwas ungenau. Jene Stelle des Lübischen Rechts, mit welcher Cod. Hach. III, 191 übereinstimmt, spricht nur von dem Falle, daß ein Mann wegen einer Schuld um 8 Schillinge oder weniger, weil er keinen Bürgen stellen kann, ins Gefängniß (in dat yseren) gesetzt wird, und sagt, wenn er dann vor Gericht kommt, und die Schuld bekennt, aber nicht bezahlen kann, so könne man ihn nicht abermals ins Gefängniß setzen oder zu Eigen geben, sondern nur das oberste Kleid, das er anhat, und das unbegürtelt ist, ihm ausziehen. Das Lübische Recht spricht nicht von Frauen.

---

3) Einen andern Sprachgebrauch im Sachsenspiegel weist Homeyer im Register S. 360 nach, was aber keinen zuverlässigen Schluß auf den in unseren Statuten gestattet, deren Sprachgebrauch fast durchweg als ein sehr eigenthümlicher, und wenigstens vom Landrecht abweichender erscheint.

4) Es ist charakteristisch, daß in dem Falle des zweiten Ordels, nicht, wie in dem ersten, vorausgesetzt wird, die Frau müsse auch unfähig sein, Bürgen zu stellen. Entweder läßt sich hier eine Eigenthümlichkeit des Deutschen Rechts von Bürgschaften (vgl. meine Vortr. 2, 2, 291 ff.) oder auch annehmen, eben weil keine Personalhaft, sondern nur eine reale Selbsthülfe gegen die Frau gestattet wurde, sei die Unfähigkeit, die Schuld zu verbürgen, nicht Bedingung dieser Selbsthülfe gewesen.

Digitized by Google

Je origineller somit unser Ordel erscheint[5]), desto weniger ist zu bezweifeln, daß damit etwas Anderes ursprünglich bezweckt worden sei, als das Recht der ausſergerichtlichen Selbsthülfe zu beschränken, das auch sonst anderswo (vgl. meine Vortr. 2, 1, 82) und namentlich auch in jenen Stellen des Lübischen Rechts in einem noch viel unbedingteren Maaße anerkannt wird.

Aber dieſes Recht der Abnahme des Oberkleides gegen eine Frau war in dem alten Ordel ganz unbeschränkt. Es stand dem Gläubiger zu sowohl gerichtlich als ausſergerichtlich (to allen tyden), wegen aller Geldforderungen, und zwar nicht etwa einmal, und dann nicht wieder, sondern bis (al wente) eigentlich: ganz und gar bis (vgl. Homeyer Register zum Sachsenſp. S. 286 und 395) er sein Geld hat. Dieſer Zusatz scheint darauf hinzudeuten, daß die Procedur mehr ein psychisches Mittel sein sollte[6]), wodurch die Frau gezwungen ward, das Geld anzuschaffen, und weniger das Kleid als realisirbares Pfandobject zu erlangen bezweckte.

Von dieſen beiden Ordelen, welche vom Selbstpfändungsrecht handeln, ist aber der dritte, oben mit § 3 bezeichnete Bestandtheil gänzlich unabhängig. Man darf dieſen Absatz als ein späteres Additament, etwa bei der Redaktion des Statuts von 1270 verfaßt, oder als ein Ordel aus dieſer Zeit ansehen. Er enthält offenbar Bestimmungen, welche mit den ersten beiden Ordelen oder Abschnitten in gar keinem sächlichen Zusammenhange stehen, und wenn man annehmen wollte, daß dieſer Zusammenhang in der Erwähnung der Frau im vorhergehenden Absatz zu finden sei, so muß man dieſe Vermuthung verwerfen, sobald man sich über die Widersprüche und Ungereimtheiten klar wird, welche durch die Zusammenfügung des dritten mit den vorhergehenden Abschnitten entstehen, wenn man annimmt, daß alle drei oder wenigstens die beiden letzten gleichzeitig entstanden sind, und zu einem und demſelben Ordel gehören. Das zweite Ordel stammte aus einer Zeit,

5) Auch Kraut 2, 408 muß dies einräumen, indem er Not. 7 keine andere Statute für die Abnahme des Oberkleides als die unsrigen und ihre Verwandten, überdies dieſe nicht einmal vollständig, namhaft macht. Er führt dabei Not. 8 die Göttinger an, um aus ihnen zu beweisen, daß die Pflicht, nicht das Haus zu verlaſſen, im Resultate mit der Abnahme des Oberkleides daſſelbe gewesen sei.

6) Vgl. Kraut a. a. O.

Digitized by Google

wo man darüber noch nicht eine consequente rechtliche Bestimmung hatte, daß Frauen durchweg unmündig seien, wo zwar der Sitte gemäß die Ehefrauen und Töchter sich im ehelichen oder elterlichen Mundium (vgl. § 34 und unten § 82 ff.) factisch befanden, und wo überhaupt es allerdings wohl auch bei uns nicht gebräuchlich mag gewesen sein, Frauenzimmer ohne männlichen Schutz vor Gericht erscheinen, und gerichtliche Handlungen vornehmen zu sehen, aber gleichwohl dieses Alles mehr Sitte und Gewohnheit, als rechtliche Nothwendigkeit, als mit dem Bewußtsein rechtlichen Zwanges verbunden wird gewesen sein. Man fand es aber endlich nothwendig, um die Zeit des Jahres 1270 darüber rechtliche Bestimmungen zu treffen. Es kann selbst sein, daß die strenge Geltendmachung des in dem zweiten Ordel dem hartherzigen und rücksichtslosen Gläubiger eingeräumten Rechts zu der Ueberzeugung vielleicht in einzelnen, kürzlich vorgekommenen Fällen geführt hatte[7]), es müsse der Schwäche und Hülflosigkeit des weiblichen Geschlechts auf eine wirksamere Weise unter die Arme gegriffen werden, das alte Ordel führe im Effekt ebenso weit, und zwar freilich auf einem entweder etwas weiteren oder auf einem indirecten Wege, als die gegen den Mann verstattete Selbsthülfe (vgl. Gries 2, 25 a. E.). So entstand der dritte Abschnitt unseres IX, 13, entweder als Zusatz, oder als selbstständiges Ordel. Diese Genesis ergiebt sich aus folgenden Gründen, um diese hier in einer Uebersicht zusammenzustellen:

a. Weil der dritte Abschnitt einen völlig anderen rechtlichen Inhalt und Gegenstand hat, als die beiden vorhergehenden.

b. Weil durch den Zutritt des dritten Absatzes Schwierigkeiten und Widersprüche entstehen, welche selbst in der neusten Redaktion des Statuts von 1605 2, 8, 1 a. E. geblieben, und

7) Mit unserem Ordel und seinen Parallelen namentlich widerlegt Kraut 2, 409 Anm. 10 die Ansicht Cropp's 1, 10 und Bluntschli's Zürich. Rechtsgesch. 2, 158 ff., daß die Frau ohne ihren Ehemann als ihren rechten Vormund sich gar nicht, als etwa zu des Hauses Nothdurft, habe rechtsgültig verpflichten können. Wenn der Mann nicht gewollt, daß seine Ehefrau der schimpflichen Behandlung der Abnahme des Oberkleides ausgesetzt, oder gezwungen werde, das Haus gar nicht zu verlassen, so habe er auch die Schulden bezahlen müssen, die sie ohne seine Einwilligung contrahirt.

Digitized by Google

von Gries 1, 21 ff. mit unverkennbarem Scharfsinn zu heben versucht sind, wiewohl bei diesem Versuche das Gewaltsame und Willkührliche in der Interpretation gar nicht zu läugnen ist. Man darf nämlich nun

1. die Abnahme des Oberkleides nur von denjenigen Geschäften verstehen, welche von der Frau ohne Vormund eingegangen sind, ungeachtet die alte Vorschrift unstreitig ganz allgemein auf alle Verpflichtungen einer Frau sich erstreckte;

2. ferner das Recht des Gläubigers nur von seinem Anspruch auf Schadensersatz verstehen, wiewohl die alte Vorschrift, und selbst noch in ihrer Fassung von 1605, dem Wortlaute nach viel weiter sich erstreckt.

c. Das jüngere Alter des Zusatzes läßt sich auch aus der Art und Weise erkennen, wie er abgefaßt ist. Man möchte sagen, er verräth seinen Ursprung so recht handgreiflich [8]). Es findet sich nicht etwa darin eine generelle Vorschrift, sondern zuvörderst redet er nur von der vrouwe, nicht von der jungfrouwe oder wedewe, wie z. B. III, 15 oder X, 8, und wenn auch sonst für Ehefrau der Ausdruck wyff häufiger ist, so kommt jenes vrouwe doch auch sehr oft von einer Ehefrau, von dem, was man noch jetzt vorzugsweise Frau nennt, vor, wie hier denn auch die Erwähnung eren rechten vormundes den Fall auf die Ehefrau beschränkt, worunter hier wohl der gesetzliche, der durch die echteschup (§ 39 a. E.) bestimmte verstanden wird, wie der ganze Zusammenhang ausser Zweifel setzt. Sodann redet die Vorschrift nicht etwa von allen Rechtsgeschäften, sondern nur vom Kauf, und nicht einmal von dem für das weibliche Geschlecht viel gefährlicheren Aufborgen, dessen doch endlich 1605 2, 8, 1 gedacht wird, wiewohl es ganz charakteristisch ist, daß man selbst 1605 von den alten Beschränkungen aus offenbarer Anhänglichkeit an die ursprüngliche Vorschrift sich nicht hat losreissen, und sie nicht auf alle Rechtsgeschäfte hat ausdehnen mögen. Selbst aber der nur erwähnte Kauf wird in dem alten Ordel nicht für absolut unwirksam erklärt, sondern drei Ausnahmen hinzugefügt, welche es ihrerseits wiederum bestätigen, daß hier Gerichtsobservanz oder Legislation sich auf einem neuen Felde bewegten. Einmal soll

8) Vgl. übrigens eine andere Behandlung unseres Ordels bei Kraut 2, 417 ff.

Digitized by Google

der Mann unbedingt nicht etwa für Anschaffungen im Haushalte aufkommen. Man hätte denken sollen, es hätte wenigstens am nächsten gelegen, Victualien zu nennen. Vielmehr werden Wimpeln und Docke, so wie Flachs genannt, ohne diese, für einen Hausstand nicht grade durchaus unentbehrlichen Gegenstände etwa auf den Zweck, oder gar der Quantität nach irgend zu beschränken. Merkwürdiger Weise spricht auch das neueste Statut nur von Leinwand und Flachs, freilich mit dem Zusatze: zu des Hauses Nothdurft gehörig, und erst ein neuerer Commentator findet es nöthig zu bemerken, quo etiam comprehenduntur, quae ad victum et amictum pertinent (vgl. die neueste Ausg. S. 318 und unten § 55). Sodann wird der Fall ausgenommen, daß der Vormund bescheidet und willkühret, er wolle, was sie kaufe, bezahlen. Man hätte erwarten können, daß generell der Consens des Vormundes für die rechtlich wirksamen Käufe der Frau erfordert wäre. Statt dessen wird ein Fall hervorgehoben, welcher abermals bestätigt, daß die Vorschrift nur von der Ehefrau verstanden worden sein kann. Endlich wird der Frau, und zwar hier ganz generell, gestattet, was sie ohne Vormund kauft, rechtlich wirksam ohne ihn wieder zu verkaufen. Es wird hier nicht etwa die Bestimmung hinzugefügt, daß nur dann dieser Verkauf statthaft sein solle, wenn er für die Frau ohne Verlust geschieht, ferner nicht die Vorschrift auf Kauffrauen beschränkt, wie das erst 1605 2, 8, 1 geschehen ist. Dieser letztere Umstand ist besonders darum mindestens nicht ganz unerheblich, weil zwar unsere älteren Stadtrechte von eigentlichen Handelsfrauen keine namentliche Spur enthalten, wie dies auch Gries 1, 22 und Harder S. 41 einräumen, sie aber allerdings im Lübischen Rechte Cod. Hach. I, 21. II, 96. III, 134 [9]) vorkommen, man ferner schon 1288 eine Bürgerin bei uns findet (vgl. Laurent in unserer Zeitschr. 1, 1, 143), und insbesondre im Resignationenbuch vielfältigen Beispielen ihrer selbstständigen Verfügung auch über bewegliche Güter, selbst von Bedeutung begegnet.

9) Diese Stellen scheinen mir übrigens aus einer viel jüngeren Zeit, als unser Stamm-Ordel, wiewohl sich auch annehmen läßt, daß das eheliche Verhältniß sich in Lübeck ebenso, wie manche Rechtsverhältnisse sonst, ganz anders entwickelt haben dürfte, als in Hamburg. Namentlich ist dort der Einfluß des Sächsischen Landrechts viel früher sichtbar, wie hier.

Digitized by Google

§ 49.

Rechtsverhältnisse unter den Eheleuten in Beziehung auf ihre Güter.

Einleitung.

Es ist wohl verhältnißmäßig über keinen Abschnitt des Germanischen Personenrechts so viel geschrieben worden, als über das eheliche Güterrecht. Wenn wir uns auch nur damit begnügen wollen, die wichtigsten Abhandlungen und Monographien hier hervorzuheben, welche entweder über die Materie im Allgemeinen sich verbreiten oder speciell sich auf Hamburgisches oder Bremisches und Lübisches Recht beschränken, so müssen seit 1830, bis zu welcher Zeit Cropp in seiner bekannten und wichtigen Erörterung (Abh. 2, 427 — 578) die Literatur, auch namentlich S. 506 Anm. 136 für Hamburg, am vollständigsten geliefert hat, besonders erwähnt werden Donandt Gesch. des Brem. Stadtr. 1830 2, 106 ff. und Berck über das Bremische Güterrecht der Ehegatten 1832, ferner über Lübisches Recht Sarauw 1837 in Falck's Neuem Staatsbürgerl. Magazin 6, 122 ff. und Pauli Abh. 2, 1 ff. 1840, über Holsteinische und Schleswigsche Stadtrechte Falck's Schlesw. Holst. Privatr. 4, 454 ff. 1840, ausserdem vom allgemeineren Standpunkte Duncker das Gesammteigenthum Marburg 1843. 8. S. 208 ff. und Kraut die Vormundschaft 1847 2, 331 — 560. Endlich für Hamb. Recht, womit auch Duncker und Kraut sich beschäftigen, Gries 1837 2, 36 ff. Harder in seiner mehrmals erwähnten Schrift, und Reimarus 1843 in unserer Zeitschr. 1, 3, 442 ff.

Während, um uns hier im Wesentlichen wiederum auf Hamburg zu restringiren, alle früheren Schriftsteller bis auf Cropp, also bis zum Jahre 1830 für unsere Vaterstadt eine Gemeinschaft der ehelichen Güter als gesetzliche Regel behaupten, sind er und seine drei Nachfolger[1]) darin einig, diese in dem

1) Dagegen hat Lappenberg, unstreitig der gründlichste Kenner unserer äusseren topischen Rechtsgeschichte, in seiner Vorr. zu den Hamb. R. A. S. XLVI sich noch bestimmt dahin erklärt, daß der Grundsatz der ehelichen Gütergemeinschaft in allen mit dem Hamb. verwandten Statuten anerkannt und ausgesprochen sei.

Digitized by Google

bisher verstandenen Sinne zu bestreiten, und eine blos äussere, d. h. durch das Mundium des Ehemannes bestehende Gütervereinigung einzuräumen.

Wie erheblich aber auch der Umstand erscheinen muß, daß jetzt bereits vier Stimmen sich in dieser Sache einhellig ausgesprochen haben, so werden wir doch die Akten nicht als geschlossen betrachten dürfen. Schon durch Duncker und Kraut ist die als die Croppsche zu bezeichnende Ansicht erschüttert worden. Auch haben unsere Betrachtungen über das eigentliche Wesen des Mundium (§ 34) ebenfalls dahin gewiesen. Es wird also keiner Entschuldigung bedürfen, wenn wir bei einem, so tief in viele Lebensverhältnisse eingreifenden Gegenstande hier etwas umständlich verweilen, zumal da es scheint, als wenn für seine Beurtheilung neue und richtigere Gesichtspunkte gewonnen werden können, die bisher übersehen sind, oder doch eine nicht gehörige Würdigung gefunden haben [2]).

§ 50.

Fortsetzung.

Einige allgemeine Gesichtspunkte, besonders Mängel der bisherigen Methode.

Für die zunächst historische Erörterung des ehelichen Güterrechts in Hamburg wird besonders die Betrachtung wichtig, daß in unseren alten Statuten ersichtlich dabei auf die Unterscheidungen von Gerade, Leibzucht, Morgengabe, Spillgüter (Spindelgüter, Frauengüter), Errungenschaft so gut als gar keine Rücksicht genommen worden ist, ja daß selbst die Ausdrücke nicht einmal vorkommen.

Daß namentlich jemals eine Morgengabe in unseren städtischen und bürgerlichen Verhältnissen gebräuchlich gewesen sein sollte, wie sie freilich nach dem Sachsenssp. 1, 20 bei den Sachsen sonst allgemeine Landessitte war, würde, abgesehen davon, daß sich

2) Wenn es gelingt, auch für das ältere Fränkische Recht nachzuweisen, daß danach die innere allgemeine Gütergemeinschaft unter Ehegatten als Regel bestand (vgl. Euler zu Thomas Frankf. Oberhof S. 104 Anm.), so gebe ich mich immer entschiedener der Ueberzeugung hin, daß sie das gemeinsame Altgermanische Princip gewesen ist.

Digitized by Google

sonst keine Spur ermitteln läßt, schon darum bezweifelt werden müssen, weil die Gegenstände der Morgengabe, welche bei allen, die von ritters art nicht en sin, dazu genommen wurden, nämlich das beste Pferd oder Rind, für Bewohner einer Handelstadt, wie zweckmäßig sie auch damals bei uns für den Haushalt gefunden sein mögen [1]), nicht von einem solchen Werth waren, wie auf dem Lande, dessen Verhältnisse der Spiegler zunächst im Auge hatte [2]).

Wie wenig überhaupt auch nur die Ausdrücke für die erwähnten Sondergüter der Eheleute eine rechtliche Bedeutung gehabt haben können, beweist der Fall im ältesten liber resign. p. 97, 25, wo ein Bruder dem andern ein Haus ad suam liftucht giebt. Einmal kommt daselbst der Ausdruck sponsalitium p. 155, 25, und ebenfalls einmal dos p. 172, 7 vor, ohne daß sich zwischen denselben ein Unterschied erkennen läßt. Mit Mitgift beschäftigen sich nur die alten Ordele von 1270 I, 20 und III, 1, welche den Ausdruck sowohl für das von dem Manne, als für das von der Frau Mitgebrachte gebrauchen (vgl. Cropp Abh. 2, 528 Anm. 170), im Ordel VI, 32 ist von beraden die Rede, das etwa an Gerade erinnert [3]), und IV, 6. X, 8 findet sich dafür utgifft. Des Eingebrachten wird III, 10 gedacht [4]). Aber in allen diesen Ausdrücken läßt sich die Gleichgültigkeit, mit der sie gebraucht sind, die Unbestimmtheit des Sprachgebrauchs nicht ver-

1) Vgl. meine Vortr. 1, 1, 164.

2) In Lübeck finden sich Beispiele aus dem vierzehnten Jahrhunderte, wo eine Morgengabe in baarem Gelde oder in Kleinodien der Neuvermählten am Morgen nach der Hochzeit entweder von dem Manne oder von den Verwandten desselben dargereicht wurde, vgl. Pauli Abh. 2, 40. Allein in dieser späteren Zeit mag der Einfluß des Sachsenspiegels als Rechtsbuches, wie sonst, so auch hier, in Lübeck die Sitte herbeigeführt haben. In den älteren Handschriften des Lübischen Rechts wird der Morgengabe mit keiner Sylbe erwähnt.

3) Vgl. Kraut 2, 360.

4) Pauli 2, 7 bezeichnet Alles, was die Frau dem Manne wirklich in die Ehe bringt, als medegift, brutschatt, dos und dotalitium. Wenn das richtig ist, wenn diese Ausdrücke nicht auf Dasjenige zu beschränken sind, womit die Braut von Eltern oder Verwandten ausgesteuert wird, falls sie noch kein eigenes Vermögen hat, so würde grade dieser gemischte Sprachgebrauch mein Argument unterstützen.

Digitized by Google

kennen. Ueber Mitgift enthält selbst das Lübische Recht Cod. Hach. II, 13. 14. III, 156 mehr Bestimmungen als unser III, 1 [5]). Es wird diese auffallende Erscheinung nicht wohl anders sich erklären lassen, als wenn man annimmt, unsere Vorfahren dachten sich eine solche Gemeinschaft der ehelichen Güter, bei welcher es unerheblich war, worin diese bestanden, oder von welcher Seite sie herkamen, wenigstens unerheblich für die Rechtsverhältnisse zwischen den Ehegenossen.

Unsere hiesigen und auswärtigen Germanisten haben sich überhaupt noch zu sehr von Römischen Rechtsbegriffen, namentlich von dem Gedanken an das Römische Dotalsystem beherrschen lassen. Daraus erklärt sich bei ihnen die Uebereinstimmung in der Methode, bei Prüfung unserer Controverse, die Güter der Eheleute in ihre einzelnen Bestandtheile aufzulösen, zu betrachten, von welcher Seite und zu welcher Zeit sie in die Ehe geflossen sind, davon die Errungenschaft abzusondern, und nun bei einem jeden dieser einzelnen Theile, dieser „Einhands- und Gesammthands-Güter" die Untersuchung anzustellen, welche Rechte daran, und zwar nicht etwa der Frau, sondern ganz insbesondre dem Manne zustanden. Selbst der neuste Bearbeiter dieser Materie, Kraut, 2, 336 ff. hat diese Methode beibehalten. Man muß sie aber in dieser Art, wie sie bisher verleitlich geworden ist, aufgeben, man muß das eheliche Verhältniß auch hier, wie bei der Betrachtung der persönlichen Beziehungen unter den Ehegatten (§ 44 ff.) in seinem ungetrennten und unzertrennlichen Zusammenhange, wie er sich im Leben selbst zeigt, auffassen, um dasjenige Resultat zu erzielen, welches mit den Statuten zusammentrifft, und von welchem so viel überdies wohl mindestens behauptet werden darf, daß es natürlicher ist, als das Römische Dotalsystem.

Ein anderer Fehler in der bisherigen Behandlung unserer Materie hängt mit dem eben gerügten mehr oder weniger zusammen. Die meisten Gelehrten, namentlich auch Pauli und Kraut, besonders aber Cropp [6]), haben zu wenig Aufmerksamkeit den

5) Vgl. über das Lübische Recht Pauli 2, 39 und 80 ff., und das Ordel 155 in Michelsen Lübecker Oberhof S. 233.

6) Cropp Abh. 2, 486 sagt sogar gradezu, es sei für diese Untersuchung das nähere Verhältniß der Eheleute zu einander in Beziehung

Rechten der Frau an dem ehelichen Vermögen zugewandt. Es erklärt sich nur daraus, daß sie zu dem Resultat gelangten, dem Manne selbst da ganz besondere Vorzüge zuzugestehen, wo diese in der Wirklichkeit gar nicht vorhanden sind.

§ 51.

Fortsetzung.

Darüber scheint man jetzt einverstanden zu sein, daß das Römische Recht bei der Beurtheilung unserer Streitfrage nicht als Grundlage dienen kann. Es wird nicht bestritten, daß die Grundsätze von der societas hier unanwendbar sind, weil dieser Contract zunächst auf eine Gemeinschaft geht, welche das Vermögen betrifft, während die Ehe zunächst eine persönliche Genossenschaft ist, ferner die von der communio, weil sie die Gemeinschaft, die von uns erst erwiesen werden soll, voraussetzt, und zwar wiederum in Beziehung auf eine Sache oder ein Recht, wobei der Entstehungsgrund gleichgültig ist [1]).

Aber man wird hier mit der gänzlichen Beseitigung des Römischen Rechts noch weiter gehen müssen. Es ist schon (§ 50) nachgewiesen worden, daß man viel weniger, als man es vielleicht meint, sich von dem Römischen Dotalsystem losgesagt haben dürfte, wiewohl es auf flacher Hand lag, daß in Städten, die wegen ihres Handels den Credit des Mannes zu schützen hatten, das Dotalsystem, welches denselben eher untergräbt als befördert, an sich schon unbrauchbar war. Aber ausserdem laboriren durchweg alle bisherigen Bearbeitungen unseres Gegenstandes an dem gemeinschaftlichen Irrthum, daß sie den Römischen absolutistischen Eigenthumsbegriff als etwas für die Untersuchung Unentbehrliches und Unumgängliches voraussetzen. Selbst Duncker, welcher die Sache dadurch sehr gefördert hat, daß er [2]) darin entschieden die neueren Ansichten in Schutz nahm, wenn sie ein Gesammt-

---

auf das Eigenthum ihrer Güter völlig gleichgültig, und es komme blos darauf an, wie sich das Recht des Mannes über das ihm zugebrachte Vermögen der Frau juristisch gestalte, und nur hieraus lasse sich die Sache erklären!

1) Vgl. Puchta Instit. 3, 108. 110.

2) S. 212 ff.

Digitized by Google

eigenthum als dominium plurium in solidum nicht für die Grundlage des ehelichen Güterrechts anerkennen, und daß er die Ansicht von Runde und Hasse verwarf, welche beide Ehegatten in eine juristische oder mystische Person Römisch copuliren, um ihr Güterrecht zu erklären, — selbst Duncker mischt in die Sache noch den Römischen Eigenthumsbegriff, und begeht nun den Fehler, von Sarauw und der Französischen Jurisprudenz verleitet, das eingebrachte, so wie das während der Ehe erworbene Vermögen als ein Eigenthum des Mannes zu betrachten. Dagegen ist hier vielmehr richtiger davon grade auszugehen, daß das Güterverhältniß unter den Eheleuten ursprünglich ganz vom Römischen Eigenthumsbegriff unabhängig gefaßt werden muß, wo dann eine fernere Aufgabe darin besteht, nachzuweisen, welchen Einfluß dieser Begriff ausgeübt hat.

Man wird sich selbst davon überzeugen müssen, daß die Auffassung der ehelichen Güter als ein Vermögen, als ein Complex der verschiedenartigsten Gegenstände, Rechte und Verbindlichkeiten, eine Römische Abstraction, und daher dem ursprünglichen Germanischen Rechte als viel zu künstlich fremd ist. Ich habe dies schon einmal im Allgemeinen erörtert (Vortr. 2, 2, 201 Anm. 10). Hier wird dieser Gesichtspunkt besonders wichtig. Es erklärt sich daraus, daß kein altes Ordel sich mit der Frage beschäftigt, welche die Feder aller Germanisten in Bewegung gesetzt hat. Man ging in diesen Ordelen unverkennbar von der Voraussetzung aus, daß das Vermögen ehelicher Genossen ungetrennt sei, aber es lag dem Rechtsbewußtsein unserer Vorfahren entfernt, die durch die Ehe zusammengekommenen Güter, Rechte, Pflichten als ein Ganzes in der Art zu untersuchen, wie weit die Rechte jedes einzelnen Ehegatten daran oder gar an den einzelnen Bestandtheilen dieser Totalität während der Ehe gehen möchten. Auch hatte für sie im Leben und in der Anwendung aus weiterhin klar werdenden Gründen die Untersuchung, mit der wir hier zu thun haben, nicht die Wichtigkeit, welche sie für unsere Zeit nicht blos theoretisch, sondern auch darum praktisch erlangt hat, weil im Verlauf der Zeit die Stellung des weiblichen Geschlechts bei uns wesentlich eine andere wurde, und eben grade dadurch Zweifel auch über das Güterrecht der Eheleute auftauchten, die für die Vorzeit gar nicht vorhanden, noch von einem praktischen Werth sein konnten.

Digitized by Google

§ 52.

Fortsetzung.

Selbst aber auch mit der gänzlichen Ausscheidung Römischer Rechtsbegriffe ist noch nicht in dieser Materie der Boden gewonnen, welcher ohne Gefahr vor Fehlgriffen hier bearbeitet werden könnte. Sehr wahr sagt freilich für viele sonstige Verhältnisse Roßhirt in s. Zeitschr. 6, 1, 98: „Das Römische Recht bietet Analogien, welche in jeder vollendeten Wissenschaft liegen, und die gar oft nöthig sind, um die Logik des bestehenden Rechts zu begründen oder zu befestigen. Selbst wo das Römische Recht als Gegensatz erkannt wird, giebt es wieder in der logischen Richtung die Bekräftigung des wirklich Bestehenden.“ Aber selbst vor Analogien der Art wird hier gewarnt werden müssen, da das Germanische Element sich hier ganz aus sich selbst entwickelt hat, und sich in dieser Entwickelung bis auf die Zeit des Einflusses des Römischen Rechts durchaus keine Vergleichungspunkte darbieten, vielmehr grade davor gewarnt werden muß, das rein Germanische Element und dessen Fortbildung mit der Schärfe eines so vollendeten Rechtssystems aufzufassen, wie es das Römische ist.

Es kommen hier zunächst, so weit man die bisherigen Erörterungen über unseren Gegenstand ins Auge faßt, zwei rein Germanische Rechtsbegriffe in Betracht. Dies sind das Mundium und die Gewehr. Das Erstere darf hier darum nicht übergangen werden, weil es bisher sehr häufig als entweder die ausschließliche oder doch concurrirende Grundlage des ehelichen Güterrechts angesehen worden ist. Aber selbst wenn man mit Duncker das Mundium des Ehemannes noch auf dem Princip beruhen lassen wollte, daß Nichtwaffenfähige auch zur Vornahme gerichtlicher Handlungen unfähig waren, ein Princip, das auch später sich behauptet, als Waffenfähigkeit nicht mehr das Auftreten vor Gericht bedingte; selbst wenn man ferner mit Duncker also die Ansicht noch festhalten wollte, es habe die Meinung, daß gewisse Personen eines Vormundes vor Gericht bedurft, sich auch für das erwachsene weibliche Geschlecht überall in Deutschland behauptet: so muß man auch mit Duncker weder für jetzt noch für die frühere Zeit jene Grundlage anerkennen, sondern annehmen, die Verfügung des Ehemannes über das Vermögen seiner Frau

Digitized by Google

habe mit dem Mundium unmittelbar nichts zu thun. Um so weniger kann nach unseren Ermittelungen über die Natur dieser Schutzpflicht des Ehemannes (vgl. § 34) davon die Rede sein. Wir müssen uns also gegen Harder's Versuch S. 38 ff. durchaus erklären, wenn er die Natur der Vermögensverhältnisse zwischen den Ehegatten aus dem Mundium herleiten will, wobei sich nicht einmal das Princip an sich geprüft und gerechtfertigt findet. Unseres Erachtens erstreckt sich das Mundium des Ehemannes nicht über den Rechtschutz, über die Vertretung der Frau hinaus, wo sie dessen nach der jeweiligen Zeitansicht, die viele Veränderungen erlebte, bedarf.

Nicht einmal der Ansicht Solcher läßt sich beipflichten, die, wie Pauli 2, 1 ff., das eheliche Güterrecht aus zwei Elementen, der ehelichen Vogtschaft und der ehelichen Genossenschaft construiren. Das erstere Element muß lediglich auf das administrative Verhältniß für die Vertretung der Gemeinschaft in denjenigen Angelegenheiten reducirt werden, wo die Sitte den Frauen in ihrer Thätigkeit hinderlich war. Selbst in Hinsicht auf Mobilien kann man für die ältere Zeit dem Manne als Vormund nicht in dem Sinne ein alleiniges Verfügungsrecht einräumen, wie man es so aufzufassen pflegt, so daß darunter eine Ausschließlichkeit verstanden wird. Das Beispiel, das er aus Lübeck S. 6 anführt, und worin während der Ehe eine Frau ihrem Ehemanne 1372 einen Erbzins, der bisher auf ihren Namen gestanden hatte, zu freier Verfügung resignirt, enthält den doppelten Beweis, daß dies für erforderlich, er mithin nicht als alleiniger Disponent, und überdies die Ehefrau für fähig erachtet wurde, selbst solche öffentliche Handlungen, wie Resignationen sind, vorzunehmen, wie das auch in Hamburg vorkam (§ 47), so daß man sieht, die Sitte, welche dem weiblichen Geschlecht untersagt, in öffentlichen Versammlungen allein zu erscheinen, hatte in den Städten entweder nie Anerkennung gefunden, oder längst ihre Bedeutung verloren.

Cropp's Behandlung des Gegenstandes ist nicht blos deshalb zu tadeln, weil er S. 509. 510 den Römischen Eigenthumsbegriff in die Erörterung ohne Weiteres hereinträgt, sondern auch weil er die eheliche Gütergemeinschaft in Hamburg als eine blos in dem Mundium des Ehemannes beruhende ansieht, und seine Meinung

Digitized by Google

daher darauf stellt, daß während der Ehe weder die von den Eheleuten in die Ehe gebrachten noch die ihnen während derselben angefallenen Güter ihr gemeinschaftliches Eigenthum gewesen, so wenig als der Erwerb während der Ehe, sondern daß die Illaten als das besondere Eigenthum desjenigen Ehegatten, welchem sie angefallen, und die eheliche Errungenschaft als das alleinige Eigenthum des Ehemannes betrachtet worden. Dadurch, daß bei diesem Verhältniß der Römische Rechtsbegriff von Eigenthum hereingezogen, und dem Mundium eine Bedeutung und Wichtigkeit beigelegt wird, welche es wenigstens bei uns gewiß nicht zur Zeit unserer ältesten Ordele gehabt, hat Cropp gleich von Vorn herein den Weg zu einem gehörigen Verständniß der Ordele versperrt.

§ 53.

Fortsetzung.

Was den Begriff des Gewehrrechts betrifft, so habe ich mich darüber bereits in meinen Vorträgen über Gewehr 2, 2, 177 ff. und über das s. g. Gesammteigenthum 2, 2, 252 ff. dahin ausgesprochen, daß man von diesen alten Rechten den Begriff von Eigenthum entfernt halten muß. Es wird dadurch das richtige Verständniß der alten Ausdrücke sehr erleichtert. Auch das Verhältniß zwischen Mann und Frau in Hinsicht auf ihre Güter muß auf das Recht der Gewehr zurückgeführt werden. Nicht das Mundium, sondern das Gewehrrecht ist neben dem Rechtsverhältniß, das durch das eheliche Zusammenleben, durch die Genossenschaft sich bildet, der für das Vermögen entscheidende Gesichtspunkt.

Aber Kraut 2, 346 ff. hat darin vollkommen Recht, daß man sich über den Begriff der Gewehr im Sachenrecht der alten Deutschen Rechtsbücher, bei uns der alten Ordele in der Sammlung von 1270, erst verständigen muß, wenn man die Rechte der Ehegatten in Beziehung auf ihre Vermögensverhältnisse richtig beurtheilen will.

Dagegen muß Kraut's Auffassung des alten Gewehrrechts insofern durchaus verworfen werden, als er davon ausgeht, mit diesem Recht sei allemal der körperliche Besitz verbunden gewesen. Er verfällt 2, 371 sogar auf den Gedanken, es habe Derjenige, welcher eine unbewegliche Sache auf eine rechtmäßige Weise im

Digitized by Google

eigenen Namen besessen, an demselben immer neben der durch den Besitz begründeten noch eine von diesem unabhängige Gewehr gehabt, welche entweder durch gerichtliche Auflassung oder durch Erbfolge entstanden, und welche daher, auch wenn er den Besitz mit seinem Willen verloren, ihm nicht anders verloren gegangen sei, als wenn er sich freiwillig grade dieser Gewehr entäussert habe, oder sie ihm durch Urtheil aberkannt worden sei. Er sieht für eine solche vom Besitz unabhängige Gewehr die in dem Eigenthum an einer unbeweglichen Sache bestehende Eigensgewehr, die Leibzuchtsgewehr ꝛc. an, und sucht seinen Satz dann an der Lehngewehr nachzuweisen.

Dies künstliche Gebäude fällt zusammen, wenn man sich zunächst den Unterschied zwischen Besitz und Gewehr klar gemacht hat, vgl. meine Vortr. 2, 2, 177—208. 326—334. Ich glaube es dort ausser Zweifel gesetzt zu haben, daß das Recht der Gewehr mit dem Besitz so wenig als mit dem Eigenthum irgend eine unzertrennliche Verbindung hat [1]). Ebenso wenig läßt sich der Ansicht Kraut's beipflichten S. 347 ff., daß Gewehr das durch den Richter geschützte Recht an einer Sache sei. Die Gewehr kann nach Etymologie und Sprachgebrauch auch das Verhältniß zu einer Person bezeichnen: in diesem Sinne giebt es eine Gewehr des Vaters zu seinem Kinde, des Mannes zu seiner Frau. Aber wichtiger für uns ist es, daß keineswegs die Rücksicht auf den Richter das unterscheidende Merkmal des Gewehrrechts ist, sondern daß im Gegentheil zunächst das aussergerichtliche Recht der Vertheidigung und Vertretung damit bezeichnet wird. Auf die Entstehung dieses Rechts, ob es aus einer Auflassung hervorgegangen oder sein Ursprung damit verbunden gewesen ist, kommt für die Natur desselben Nichts an. Nur sofern der Wille des Veräusserers und Erwerbers der Gewehr bei der Bestimmung derjenigen Rechte, welche in der Gewehr enthalten sein sollen, und der Beweis dieses Willens in Betracht kommt, ist die Entstehung von Wichtigkeit. Jedenfalls ist jedoch auch hier, und dies kann nicht genug eingeschärft werden, von Eigenthum und

1) Homeyer's Hypothese, daß wem der Besitz einer Sache gewaltsam entzogen, auch keine Gewehr mehr zustehe, ist bereits von Kraut 2, 348 Anm. 2 widerlegt.

Digitized by Google

Besitz als Römischen Rechtsbegriffen ganz zu abstrahiren, wenn man nicht spätere Ansichten und Römischen Einfluß in die ursprüngliche Deutsche Auffassung hineintragen will. Wenn also Cropp Abh. 2, 486 vgl. 439 und 471 einen besondern Werth auf den Ausdruck im Sachsenspiegel legt, daß der Mann die Güter seiner Frau, wie ihre Person in seine Gewehr aufnimmt, so erwachsen ihm dadurch keine Eigenthumsrechte, kein Recht, darüber zu verfügen; denn selbst wenn, was man nicht annehmen kann (vgl. § 54), die Frau ihre Güter aus ihrer Gewehr gelassen haben sollte, so würde daraus nur hervorgehen, daß der Mann sie in seinen Schutz aufgenommen habe, aber was für Rechte sie ihm sonst eingeräumt, das ist damit noch nicht entschieden [2]).

§ 54.

Fortsetzung.

Nur dann, wenn man verfährt, wie wir es bisher angedeutet haben, wird begreiflich, was es sagen will, wenn es im Sachsenspiegel I, 45, 2 heißt daß der Ehemann mit ir in den geweren sitzet, oder wenn in unserem Ordel von 1270 IV, 6 von denjenigen Kindern, so we in den weren blifft, gesagt wird, de schall hebben all dat ander gud, dat dar boven is, sines vaders vnde siner moder, vgl. III, 3, 12 (s. unten § 64), oder wenn III, 15 von den Kindern, die aus verschiedenen Ehen ihrer Mutter unabgetheilt sitzen geblieben sind, bemerkt wird, daß sie dar weren in den weren. Das Recht der Gewehr hat der Mann weder ausschließlich noch in einer sonstigen das Recht der Frau beschränkenden Beziehung: er sitzt mit ihr in den Gewehren. Kraut 2, 370 ff. hat mit Recht Cropp's Ansicht von der Ausschließlichkeit des Gewehrrechts des Mannes verworfen, aber er bekämpft diese unhaltbare Ansicht mit den unrechten Waffen, wenn er behauptet, der Mann habe den Mitbesitz an dem Gute der Frau.

2) Man kann bei solchen Betrachtungen nicht umhin, in Beziehung auf unser heutiges Recht, Roßhirt beizupflichten, wenn er in seiner Zeitschr. 6, 1, 100 die Geschichte des Deutschen Privatrechts von der Gewehr als untergegangen bezeichnet, und meint, man habe dadurch, daß man sie wieder ins Leben gebracht, einen Streit der Germanisten und Romanisten erzeugt, welcher ganz überflüssig gewesen sei, und nur zu Verwirrungen geführt habe.

Digitized by Google

Diese Art des Angriffs ist schon darum ungeeignet, weil dadurch in Hinsicht auf diejenigen Gegenstände, bei denen ein körperlicher Besitz undenkbar ist, Zweifel entstehen. Cropp's Ansicht Abh. 2, 486 ff. muß vielmehr auf eine andere Art widerlegt werden, wie wir uns damit weiterhin umständlich beschäftigen müssen (§ 63 ff.). Hier ist nur vorläufig an Dasjenige zu erinnern, was aus meinen früheren Erörterungen von selbst klar ist. Wenn er nämlich davon ausgeht, daß die Frau die von ihr in die Ehe inferirte Fahrniß aus ihren Wehren gelassen, und dem Manne anvertrauet habe, und dies mit unserem Ordel von 1270 IX, 21, Sachsenſp. 2, 60 beweisen will [1]): so haben wir jetzt (Vortr. 2, 2, 177 ff.) von diesem Ordel eine andere Ansicht gewonnen, und uns davon überzeugt, daß es wesentlich auf den beiderseitigen Willen sowohl des Veräusserers als auch des Erwerbers der Gewehr gebaut ist. Niemand wird aber ohne Weiteres behaupten können, daß die Frau, deren Genosse der Mann eben so wohl wird, wie sie die seinige, Etwas von ihrem Eingebrachten überall oder gar in der Art aus ihren Wehren gelassen, daß sie sich dabei ihrer Rechte entäussert hätte. Es würde dies mit dem Zweck und Wesen der Ehe, wie wir Beide bisher ermittelt haben (§ 43 ff.), unvereinbar sein [2]). Aber das Mundium des Mannes legte ihm die Pflicht auf, die Frau da, wo es Gebrauch und Sitte erheischten, zu vertreten, so auch für sie oder mit und neben

1) Auch Harder Beitr. S. 39. 40 hat, wie ich darauf noch § 56 Anm. 1 zurückkommen werde, dem Grundsatz, wo man seinen Glauben gelassen, da müsse man ihn wiedersuchen, bei der Entscheidung der Frage nach dem Verhältniß des ehelichen Güterrechts einen Einfluß eingeräumt, der ihm nicht zukommt, theils weil er dies Verhältniß nur Dritten gegenüber erläutern kann, nicht aber das rechtliche unter den Eheleuten selbst, theils aber hier besonders, weil man bei seiner Anwendung davon ausgehen müßte, was nicht richtig ist, daß nämlich die Frau ihre Fahrniß aus ihren Wehren gelassen habe.

2) Es ist hier natürlich nur die Rede von der historischen Ermittelung des ehelichen Güterverhältnisses bei unseren Vorfahren, wiewohl sich auch rationell und vom Standpunkte der Philosophie aus gegen die Ansicht Stahl's Manches erinnern läßt, der die eheliche Gütergemeinschaft nicht im Wesen der Ehe begründet hält: Rechts- und Staatslehre S. 362.

Digitized by Google

ihr das Recht der Gewehr da geltend zu machen, wo sie es allein oder selbstständig nicht konnte. Insofern heißt es im Sachsensp. 1, 31, 2 be nimt in sine gewere al ir gut to rechter (d. h. ehelicher) vormuntscap, er wird ihr ehelicher Vertreter, und so übt er das Recht der Gewehr, wie er es an seinem bisherigen eigenen Vermögen ausübte, er nimmt ihr Gut in seinen vormundschaftlichen Schutz (Cropp 2, 486). Damit ist über das Eigenthum, das Veräusserungsrecht, das Recht, jenes Gut mit Schulden zu belasten, Nichts ausgesprochen, ebensowenig das Gewehrrecht der Frau aufgehoben oder ausgeschlossen. Sein Schutz tritt zu diesem ihrem Rechte lediglich hinzu.

Die Richtigkeit dieser unserer Ansicht wird noch durch eine andere Betrachtung, die sich hieran schließt, bekräftigt. Wenn man aus unseren früheren Erörterungen im zweiten Bande sich davon überzeugt hat, wie groß die Gewalt gewesen ist, welche unsere Vorfahren dem menschlichen Willen in allen rechtlichen Beziehungen zwischen Person und Sache eingeräumt haben, so ist es nicht wohl denkbar, daß das weibliche Geschlecht als willenlose Maschine behandelt, und die Ehefrau ihrem Manne gegenüber lediglich zu einem passiven Verhalten verurtheilt gewesen wäre. Im Gegentheil da ohne Unterschied dem Willen einer Person eine so bedeutende Geltung für das Sachenrecht eingeräumt wurde, so giebt dies viel eher Veranlassung, die Rechte beider Geschlechter hier als gleich und nur durch die Sitte, welche das weibliche Geschlecht von öffentlichen Verhandlungen mehr oder weniger ausschloß, beschränkt anzunehmen.

§ 55.

Fortsetzung.

Germanische Gemeinschaft.

Bei der Behandlung unseres Gegenstandes in den Erörterungen unserer Vorgänger ist es noch ein Verhältniß, über welches man sich nothwendig verständigt haben muß, wenn man hier ein richtiges Urtheil über die Germanische Natur des ehelichen Güterrechts erlangen will. Das Rechtsverhältniß, welches sich durch das eheliche Zusammenleben für das Vermögen der Eheleute bildet, muß zur Erlangung eines entscheidenden Gesichtspunkts hier gehörig aufgefaßt werden. Man hat wohl auch in

Digitized by Google

dieser Beziehung die Worte des Spieglers (§ 54) übersehen, wodurch er es beweisen will, daß die Frau ohne ihres Mannes Einwilligung gewisse Rechte an ihrem Gute nicht ausüben kann, darum dat her mit ir in den geweren siczet. Nicht etwa nahmen unsere Vorfahren an, daß die Güter der Frau in der, vielleicht gar ausschließlichen Gewehr des Mannes sich befanden, sondern er sitzt mit ihr in der Gewehr, sie ist nicht blos sein, sondern er auch ihr Genoß, wie es dort im Freiburger Städtrecht heißt (s. oben § 46 Anm. 3), es besteht eine vollkommene Gemeinschaft auch in Hinsicht auf die Güter unter ihnen, wobei es für die Dauer dieser Gemeinschaft von unseren Vorfahren, wie auch bei ihren sonstigen Gemeinschaften, unentschieden blieb, ob dies oder jenes Gut sein oder ihr Gut war. Grade darin gehen die Römischen Juristen einen andern Weg, indem sie bei der Betrachtung einer Gemeinschaft von Gütern dieselbe auf ihre Entstehung und ihren Ursprung, so wie auf die Rechte der einzelnen Theilhaber zurückführen. Wir haben in den Vorträgen 2, 2, 255 ff. uns über die Deutschrechtliche Vermögensgemeinschaft verbreitet. Die dort ermittelten Gesichtspunkte, namentlich die Grundsätze des Ordels von 1270 III, 16 (s. das. S. 256 ff.) sind um so unbedenklicher in unmittelbare Beziehung zur ehelichen Gütergemeinschaft zu bringen, als das Ordel in der Mitte zwischen andern Ordelen über eheliche Rechtsverhältnisse steht.

Cropp 2, 511 legt ein besonderes Gewicht darauf, daß unsere alten Statute keine Vorschrift über die gegenseitige Theilnahme der Eheleute an dem Eigenthume ihrer Illaten, nirgends eine Beschränkung des Mannes hinsichtlich seiner Verfügung über sein Eingebrachtes enthalten. Dieser Umstand verliert aber die ihm beigelegte Bedeutung völlig, wenn man erwägt, einerseits daß, wie bereits erwähnt, der Totalitätsbegriff des Eigenthums dem Rechtsbewußtsein unserer Vorfahren fremd war, andrerseits aber daß die Codification durch das Bedürfniß ins Leben gerufen wurde, nicht durch die legislative Weisheit, welche in unseren Tagen eine vollständige Doctrin mit der Kraft eines positiven Rechts zu bekleiden sich bestrebt, ohne immer gehörig zu erwägen, daß das Recht nicht ein starres Substrat, sondern fortwährend in der Aneignung an die Bedürfnisse der Zeit und des Zeitgeistes fortgebildet oder mindestens modificirt wird. Wo wäre denn

Digitized by Google

irgend eine Rechtsmaterie, welcher die moderne erschöpfen sollende Behandlung in unseren Statuten, selbst im neusten, dem noch obendrein das Römische Muster vorlag, widerfahren wäre? Es würde allerdings von Erheblichkeit sein, wenn man auf eine Vorschrift stieße, die der Frau alle Rechte an dem Gute, welches der Mann in die Ehe gebracht, abschnitte. Eine solche Vorschrift ist aber nicht nur nicht vorhanden, sondern im Gegentheil, das bereits früher (§ 48) erörterte Ordel von 1270 IX, 13, 3 beschränkt die dort anerkannte Dispositionsfähigkeit der Frau nicht etwa auf ihre Illaten, was für die Gegner unserer Ansicht um so wichtiger erscheinen muß, da grade von ihnen das Ordel als eine Beschränkung der Rechte der Ehefrau angesehen zu werden pflegt, welche Auffassung übrigens unhaltbar ist. Freilich will Kraut 2, 443 das Princip in IX, 13, 3, wonach Frauen über einen Theil des Gesammtgutes ohne Consens des Mannes rechtsgültig verfügen können, auf ein Minimum, und, wenn es gilt, Schulden zu machen, auf Sachen reduciren, die nothwendig zum Anzuge der Frauen gehört hätten, wozu er Schleier (wumpele) und Tücher (doke) rechnet. Ich bin jedoch dieser Ansicht nicht. Drei Gründe bringt er für seine Ansicht vor:

1. Er bezieht sich auf einen Freiheitsbrief für Burgdorf vom Jahre 1316. Da heißt es aber, daß eine Frau selbst mit Widerspruch ihres Mannes ihre Kleidungsstücke in eleemosynam dare kann. Diese Stelle redet offenbar von einer Vergabung durch Gott (vgl. darüber unten § 71), und trifft mit unserem Ordel von 1270 IV, 4 zusammen, ist also nur sehr uneigentlich auf die Rechte der Frau zu beziehen, welche ihr während der Ehe in Folge ihrer Wirthschaftsführung oder ihres sonstigen Betriebes zustehen.

2. Wenn Kraut nachweisen will, daß in den Statuten von Görlitz, Hildesheim, Arberg, Mühlhausen und Bamberg das Recht der Frau auf eine geringfügige Geldsumme begränzt ist, so reden sie meist nur von Leihen, Borgen und Bürgen. Auch ist die Summe in Hinsicht auf Zeit und Ort keineswegs durchweg geringfügig zu nennen, so wie die Beschränkung auf eine bestimmte Summe etwas so Singuläres, und dem Geist der Bestimmung Widersprechendes ist, daß man daraus nicht eine allgemeine Regel für das Altgermanische Recht entnehmen darf.

Digitized by Google

3. Am wenigsten läßt sich unser Ordel IX, 13, 3 auf den Anzug beschränken. Will man vielmehr das Münchener Statut (vgl. Kraut S. 443 Anm. 5) hier als eine Quelle des rein Germanischen Rechts benutzen, und sieht hier, daß der Frau ohne Mann gestattet ist, über zum Verzehren bestimmtes Getraide zu verfügen; sieht man in unserem Ordel, daß auch der Flachs genannt wird, und erwägt man, daß sich Tücher und Wimpel doch nicht als unentbehrliche Kleidungsstücke betrachten lassen: so muß man auf ein anderes allgemeines Princip gerathen, welches diesen Beispielen zum Grunde liegt. Und dies kann, falls man nicht noch weiter gehen will, wie ich es § 48 unter c. thue, mindestens nicht wohl geringer gestellt werden, als einer Ehefrau die Anschaffungen und Verwendungen aus dem Gesammtgut zu gestatten, welche zur Führung des Haushalts nothwendig sind, wie dies denn auch durch unser neustes Statut 2, 8, 1 bestätigt wird, welches um so mehr als die Praxis wenigstens seiner Zeit sich ansehen läßt, da es hier die Nürnberger Reformation von 1564 nicht zur Quelle hat. Wir werden unser Ordel noch einmal (§ 66) von dem Gesichtspunkte der Rechte s. g. Handelsfrauen betrachten, und dort noch auf bedeutendere Resultate gerathen. Jedenfalls beweist es allemal ein Dispositionsrecht der Frau über beiderseitige Illaten. Andrerseits beschränkt das Ordel von 1270 I, 20 (vgl. meine Vortr. 2, 1, 164) grade die Befugnisse des Mannes in Hinsicht auf gewisse Gegenstände, die von der Seite der Frau in die Ehe gekommen sind, und zwar werden durch dies Ordel auch dem Ordel von 1270 I, 8 engere Gränzen grade für die Gewalt des Mannes gezogen, da es hier im Anfange heißt:

> So wor een man vnde een vrouwe in desser stad erue kopet, des synt se weldich to geuende vnde to sellende so weme se willet, de wile dat se beide leuet

(vgl. dazu die in meinen Vorträgen 2, 1, 164 allegirten Parallelstellen), wo also beiden Ehegatten gemeinschaftlich über ein von ihnen gekauftes Erbe das Recht, es zu veräussern, eingeräumt wird, ohne alle Rücksicht darauf, aus welchen Mitteln der Kauf geschah, ob aus den Illaten des Mannes oder der Frau oder aus der Errungenschaft. Cropp meint 2, 487 hierzu den Schlüssel in dem alten Gewehrrecht zu finden. Allein

Digitized by Google

auch dies führt uns auf den richtigeren Gesichtspunkt der Germanischen Gemeinschaft, auf die Genossenschaft der Eheleute. Nur darf man sich nicht etwa darauf stützen, daß der Mann darum an der von der Frau inferirten Fahrniß ein Veräusserungsrecht gehabt, weil sie es aus den Wehren gelassen habe. Cropp übersieht hier die Gemeinschaft der Gewehr, er bringt den Willen nicht gehörig in Anschlag, da an sich selbst in der Entäusserung der Gewehr noch nicht ohne den beiderseitigen Willen die Gestattung des Entäusserungsrechts gefunden werden darf (vgl. meine Vortr. 2, 2, 193).

Die Genossenschaft der Eheleute läßt auch Pauli 2, 59 ff. aus der Acht, wenn er die Fälle der Lübischen Praxis, wo Mann und Frau sich Grundstücke ꝛc. zuschreiben ließen, aus der Stellung der Frauen als selbstständiger Mitbetreiberinnen des Geschäfts ihrer Männer erläutern will. Warum das? Warum will man hier die Annahme zurückweisen, daß die Genossenschaft der Eheleute nicht blos für das Geschäft des Mannes, sondern auch für den Haushalt und den Betrieb der Frau sich wirksam zeigt?

§ 56.

Fortsetzung.

Wohin es führt, wenn man den Germanischen Begriff einer Gemeinschaft in den ehelichen Vermögensverhältnissen nicht in Anschlag bringt, und dafür den isolirenden Begriff des Römischen Eigenthums festhält, beweist Cropp 2, 511, wo er aus dem eben (§ 55) erwähnten Ordel von 1270 I, 20 schließt, der Mann habe darum die von der Frau inferirten Immobilien ohne ihre Zustimmung nicht veräussern dürfen, weil sie daran das Eigenthum behalten. Auch hier ist vor Allem der Römische Rechtsbegriff auszuschließen. Aber auch dann noch bleibt es unerklärlich, warum das Ordel selbst diejenigen Grundstücke, welche mit der Fahrniß der Frau angeschafft werden[1]), hier erwähnt,

1) Dieser Umstand ist von Harder in s. Beitrag S. 39 übersehen worden, wenn er das Ordel als Argument vom Gegentheil benutzt, um daraus zu schließen, über die Fahrniß der Frau habe der Mann ohne ihren Consens verfügen dürfen. Eine solche Befugniß des Mannes ergiebt sich aus dem ehelichen Verhältnisse zwischen den Ehegatten an sich, man muß nur nicht mit Harder S. 39. 40

Digitized by Google

da Cropp 2, 472, so wenig als Pauli 2, 29 ff. und Kraut 2, 498, das Veräusserungsrecht des Mannes in Beziehung auf die Fahrniß der Frau bestreitet, und somit die Absurdität entstände, der Mann habe sich selbst dies Veräusserungsrecht ohne Weiteres dadurch verkümmert, wenn er gestattet, daß mit dieser Fahrniß Grundstücke angeschafft wurden, er hätte es somit völlig in seiner Gewalt gehabt, ob er ein Dispositionsrecht an den Illaten seiner Frau verloren oder behalten. Die Absurdität wächst hier noch dadurch, wenn man das Ordel I, 8 von Grundstücken versteht, weil es ohne allen besondern Grund alsdann von dem Manne abgehangen haben würde, über die Fahrniß seiner Frau den Nachtheil zu bringen, daß er selbst nach ihrem Tode ohne den Familienrath (§ 33) nicht darüber würde haben verfügen können, sofern damit Grundstücke angeschafft waren.

Faßt man dagegen das Ordel I, 20 von dem Gesichtspunkt einer Germanischen Gemeinschaft auf, und versetzt man sich in eine Zeit, wo noch ein innigerer Verband Familien und Geschlechter umschlang, und, setzen wir zur Erinnerung für unsere Zeit hinzu, einer aufopfernden Vaterlandsliebe Nahrung und Unterlage verlieh: so muß man nothwendig darauf kommen, in dem Ordel nicht eine Erläuterung der Natur der ehelichen Gütergemeinschaft, sondern eine Beschränkung dieser Communion zu erkennen, die man aus anderen Rücksichten im damaligen allgemein herrschenden Rechtsbewußtsein für nothwendig erachtet haben muß, z. B. aus der politischen Rücksicht, den Wohlstand bei bürgerlichen Familien zu erhalten, dadurch aber das von demselben unzertrennliche Gedeihen der ganzen Stadt und ihres Regiments zu befördern, somit für die Erhaltung eines Grundstücks besonders Sorge zu tragen. Dann begreift man nicht blos die Fassung des alten Ordels an sich, sondern auch die Art und Weise, wie 1292 C, 14 und 1497 G, 7 die Aenderung hinzugetreten ist, so daß die Vorschrift nun nicht als Beschränkung, sondern als eine Erweiterung der Rechte

---

hier den Grundsatz hineinmischen, daß die Frau ihren Glauben da zu suchen habe, wo sie ihn gelassen, und deshalb sich lediglich an ihren Mann halten müsse. Dieser Grundsatz würde höchstens die Wirkungen der Eigenmacht des Mannes Dritten gegenüber erklären, nicht sein Recht der Frau gegenüber. Vgl. § 54 Anm. 1.

Digitized by Google

des Ehemannes erscheint. Man erkannte ebenso wie am Schluß des Ordels von 1270 I, 8 a. E. die Nothwendigkeit an, unter solchen Umständen, wo eine ächte Noth eintrat, (Cropp Abh. 2, 433 Anm. und 472 ff., dem Kraut 2, 495 beipflichtet, und Pauli 1, 115 ff.), nämlich Gefangenschaft, Hunger oder Leibeigenschaft wegen Geldschuld, das Gewaltrecht des Mannes im Falle eines Widerspruchs der Frau nicht zu beschränken[2]). So vergaß man, daß das Ordel ursprünglich eine Beschränkung der Gemeinschaft in sich enthielt, und daß schon an sich dem Manne als Genossen ohne Weiteres die Verfügung über die Güter seiner Frau zustand. Aber schwerlich wird es den damaligen Zeitgenossen eingefallen sein, aus dem Ordel zu folgern, eine solche Gewalt habe der Frau, wenn sie sich ihrerseits in Noth befunden, darum versagt werden müssen, weil sie ihr nicht ausdrücklich eingeräumt worden, oder selbst ihr habe an den Gütern des Mannes für solche Fälle, insoweit sie bei ihr vorkommen konnten, die Reciprocität verweigert werden dürfen. Eine solche Isolirung der gegenseitigen Rechte war der Natur der Germanischen Gemeinschaft und ehelichen Genossenschaft, die sich damals noch im Leben und nicht in einer bloßen papiernen Theorie geltend machte, fremd. Vielleicht führte übrigens auch die damalige Sitte, daß in der Regel beide Ehegatten die öffentlichen Resignationen zusammen vornahmen, wovon der älteste liber resign. viele Beispiele enthält (vgl. unten § 70 ff.), das besondere Gesetz von 1292 herbei, um allen Hindernissen zuvorzukommen, wenn etwa Grundstücke auf den Namen der Frau

2) Was diese Nothfälle betrifft, über welche das oben § 17 Gesagte zu vergleichen ist, so hat Cropp Abh. 2, 472 ff., dem Kraut 2, 495 Anm. 1 unbedingt beizustimmen scheint, den Kreis derselben wohl zu sehr ausgedehnt, und möchte ich Bedenken tragen, über die im Lübischen Recht Cod. Hach. I, 15. II, 18 speciell erwähnten drei Fälle hinauszugehen. Es sind hier nicht die Fälle des Haushalts und Geschäfts erwähnt, weil für diese die Eheleute sich auf Dasjenige beschränken müssen, was an Gütern verfügbar ist, also auf die s. g. beweglichen Güter. Der letzte jener drei Fälle ist besonders darum merkwürdig, weil der Mann sich durch seine eigene Schuld in die Lage versetzt haben kann, wegen Geldschuld zu Eigen gegeben zu werden, und also auch hier wieder ein Fall vorliegt, daß für seine Schulden auch die Güter haften, welche ursprünglich von der Frau herrühren (vgl. § 34).

Digitized by Google

oder wohl gar noch auf den Namen ihrer Familie geschrieben standen, und bestimmt die Schluß-Clausel des Ordels I, 8 auch auf diese Vorschrift zu erstrecken.

Es ist bei dieser Gelegenheit nothwendig wegen des Resultats, welches Kraut 2, 500 ff. aus dieser seiner Hypothese zieht, zu erwähnen, daß er 2, 496 die Stellen des Lübischen Rechts Cod. Hach. I, 15. II, 11. 18. III, 6. 153, wonach auch der Mann nur in Nothfällen die Immobilien der Frau veräussern darf, nur von Erbgütern verstehen will. Er folgert dies mit Unrecht aus dem Zusatz uxoris suae bona, cum quibus ipsa ipsi abhaesit, oder, wie es in der Deutschen Handschrift heißt, dat he mit sineme wive hevet ghenomen, welche Worte an sich gewiß nicht zur Annahme jener Beschränkung berechtigen. Besonders der Lateinische Text erinnert vielmehr an die völlige Gemeinschaft und innige Genossenschaft der Eheleute. Wenn übrigens in Lübeck häufig ausdrücklich ausgemacht wurde, der Mann dürfe die Erben seiner Frau wie Kaufgut, oder auch wie sein Kaufgut veräussern, Cod. Hach. II, 17. III, 204: so läßt sich auch dieser Vertrag offenbar ohne alle Beziehung auf Erbgut verstehen, wiewohl ich darin Kraut S. 497 Anm. 7 gegen Pauli 2, 23 beipflichte, daß diese besondere Verabredung, wobei ich aber auf das Pronomen durchaus kein Gewicht lege, dem Manne wirklich freie Hand gegeben hat.

§ 57.

Fortsetzung.

Wenn wir den Gedanken festhalten, daß eine solche vollkommene Gemeinschaft unter den Eheleuten angenommen wurde, welche alle ihre Lebensverhältnisse durchdrang, und auch in ihren Beziehungen zum irdischen Besitz sich überallhin geltend machte: so darf es und kann es nicht weiter befremden, daß Manches bei unseren Vorfahren nicht zum vollständigen Rechtsbewußtsein durchgedrungen war, um jetzt in ein organisch zusammenhängendes System gebracht zu werden, daß aber doch durch Sitte, Gewohnheit und Bedürfniß sich Vieles, was das Gesetz überging oder verschwieg, von selbst und allmählig ausgebildet hat. Cropp's Ansichten 2, 485 ff. enthalten hier Wahres und Unrichtiges durch einander gemischt. Man mag es nun als einen dem Germanischen Recht eigenthümlichen Grundsatz betrachten, daß Mann und Frau

Digitized by Google

nur Einen Haushalt haben, und von ihrem beiderseitigen Vermögen und Erwerbe gemeinschaftlich leben sollen, oder richtiger darin einen in christlichen Ansichten wurzelnden und aus ihnen sich nothwendig entwickelnden Grundsatz erkennen: so bleibt er gleichwohl nichtsdestoweniger immer für unsere gegenwärtige Betrachtung wesentlich. Daraus folgt aber nicht, wie Cropp meint, die Nothwendigkeit, daß das beiderseitige Vermögen während der Ehe unter eine Verwaltung, oder gar vollends nur unter die isolirte des Mannes hätte gestellt sein müssen. Das gleiche Verhältniß der Eheleute als Genossen in ihrem Hause, in ihren häuslichen Beziehungen, in ihrem Erwerbe, Ersparniß und Verluste, brachte vielmehr gleiche Theilnahme an der Verwaltung mit sich; auch hier war der eine Ehegatte nur der Genosse des andern, ohne daß bei ihrem innigen Zusammenleben die Administration der gemeinschaftlichen Mittel dazu etwa, wie sonst bei Genossenschaften, getrennt, sei es fortwährend oder nach Zeitabschnitten wechselnd, hätte in die Hände des Einen oder des Andern gelegt sein müssen. Das Mundium brachte hierin keine weitere Aenderung zu Wege, als es die Natur des weiblichen Geschlechts, sein sittliches Verhältniß nothwendig erheischte. Dem Ehemann lag dadurch die Pflicht auf, seine Ehefrau, so wie überhaupt schon nach christlichen, ja nach rein menschlichen und natürlichen Begriffen, so insbesondere nach Germanischen eigenthümlichen Ansichten da zu vertreten, wo die Sitte es ihr nicht gestattete, selbstständig ausser dem Hause zu handeln. Daß die Sitte hier den Kreis des Schicklichen und Erlaubten nach der einen Seite hin weiter, nach der andern enger zog, und diese Gränzen allmälig immer mehr verengt hat, änderte so wenig in dem Wesen des Mundiums, welches dadurch nicht etwa den Charakter von Gewalt annahm, als in der Natur der ehelichen Gemeinschaft. Ebenso wenig ist dieser Gemeinschaft eine andere Gestalt oder dem Mundium eine größere Wirkung darum beizumessen, weil die Pflicht des Ehemannes zugleich das Recht enthielt, welches hier namentlich in Betracht kommt, nämlich diejenigen Vermögensangelegenheiten der ehelichen Verbindung zu besorgen, wo es nicht üblich war, daß die Frau überall, oder wenigstens daß sie allein auftrat und handelte. Eine andere Stellung in den gegenseitigen Verhältnissen brachte auch das

Digitized by Google

Gewehrrecht nicht zu Wege. Denn dies stand in Beziehung auf alle sachlichen Verhältnisse ebensogut der Ehefrau als dem Ehemanne vermöge ihrer Genossenschaft zu, und auch hier zog nur die Sitte Grenzen, welche auf die Natur des Rechts selbst von einem weiteren rechtlichen Einflusse nicht waren.

Es ist somit wohl Ungermanisch, einen Unterschied zwischen dieser sachlichen Gemeinschaft der Eheleute und der Gemeinschaft in der Gewehr mit Cropp S. 486, oder etwa mit ihm und anderen Germanisten zwischen äusserer, nur durch das Band des Mundiums zusammengehaltener und innerer Gütergemeinschaft zu gestatten. Daraus, daß es im Sachsenspiegel heißt, der Mann nehme die Güter der Frau in seine Gewehr, folgt nichts. Es verstand sich von selbst, daß die Frau die seinigen in ihre Gewehr aufnahm: dazu bedurfte es nach damaligen Rechtsansichten keiner besonderen Bestimmung, daran zweifelte Niemand, weil er mit ihr und sie mit ihm in den Wehren saß, und ohnehin kam der Fall, wo diese Seite des gegenseitigen Verhältnisses in Betracht gekommen wäre, damals selten oder niemals vor. So sehr verstand sich die Gemeinschaft der ehelichen Güter von selbst, daß in dem Falle, da der Miethsmann heimlich aus der Stadt fuhr, das Ordel von 1270 I, 9 (vgl. meine Vortr. 2, 1, 103 ff.) dem Hausherrn gestattet, zu behalten, was er in den Wehren findet, ohne Unterschied, von welchem der Eheleute es herkommt [1]). So

1) Wenn Cropp den Grund der neueren Praxis, daß durch Ehezärter nicht die Haftung der Frau für die Schulden des Mannes ausgeschlossen werden könne, Abh. 2, 490 darin findet, daß die eheliche Vormundschaft ein Institut des öffentlichen Rechts sei, woran durch Privatverträge nichts geändert werden könne: so läßt sich ihm nicht beipflichten. Er hat sich zu dieser Ansicht durch sein Vorurtheil gegen die gesetzliche Gütergemeinschaft unter Eheleuten und durch seine unrichtige Ansicht vom ehelichen Mundium verleiten lassen. Die neuere Praxis ist nur eine consequente Folge davon, daß das Statut von 1605 ausdrücklich (vgl. Cropp S. 482) bestimmt, das Eingebrachte der Frau hafte des öffentlichen Bestens wegen, das Princip also nun einmal so auffaßt, wie unrichtig auch diese Auffassung ist. Denn darin besteht grade ein Unterschied zwischen dem Römischen und Deutschen Recht, daß die Vermögensrechte der Eheleute nach dem ersteren eines besondern publicistischen Schutzes genossen, während sie nach diesem von den

spricht auch das Ordel von 1270 III, 10 in derjenigen Fassung, welche mir die ursprüngliche zu sein scheint (§ 59), von dem Falle, wo der Mann zuerst stirbt, und die Frau zuvor ihr Gut aufnehmen soll, dat se to eme brocht heffi (vgl. die Andersonsche Ausg. S. 45), und stellt den Fall, daß der Mann die Frau überlebt, demselben mit den Worten vollkommen gleich: vnde datsulue do de man offte de vrouwe storue. Also wird hier angenommen werden müssen, daß er zuvor das Gut aufnehmen soll, dat he to er brocht heffi. Von einem Unterschiede zwischen ihrer Gewehr- und Gütergemeinschaft ist hier nicht die leiseste Spur zu entdecken. So erklärt es sich auch, daß die Frau in Abwesenheit des Mannes, oder falls er gehindert oder todt war, ohne Weiteres das Recht der Gewehr ausübt. Das verstand sich ebenfalls von selbst, weshalb darüber in dem Falle des Ordels von 1270 III, 8 gar nichts gesagt wird (§ 45) [2]). Man faßt das Verhältniß nicht genau auf, wenn man mit Kraut 2, 346 annimmt, die Herrschaft im Hause sei in Fällen der Art vom Manne auf die Frau übergegangen, oder gar mit Falck Handb. 4, 400, es sei die Stellvertreterschaft vermöge eines stillschweigenden Auftrags des Mannes angenommen. Davon sagen die Rechte nichts. Die Frau hatte ohne Weiteres ein selbstständiges Verwaltungs- und Veräusserungsrecht der Güter, und zwar nicht blos der ihrigen, sondern auch der des Mannes vermöge der ehelichen Genossenschaft und des gemeinschaftlichen Gewehrrechts erlangt: des synt se, heißt es im Ordel von 1270 I, 8, weldich to geuende vnde to sellende so weme se

---

Ansichten der Eheleute und ihren Privatbeliebungen abhingen, Roßhirt Zeitschr. 6, 1, 84. 95. Es hat sich also in unser neustes Statut unbemerkt eine Römische Rechtsansicht eingeschlichen, welche die neuere Praxis nach sich zog.

2) Cropp Abh. 2, 492 meint, und Kraut 2, 567 Anm. 7 scheint ihm darin beizupflichten, indem er sich wegen Erklärung des Ordels ohne Weiteres auf ihn beruft, das Ordel sei so abgefaßt, weil man gemeint habe, in einem Falle übler Behandlung abseiten des Mannes wirksamer für die Frau zu sorgen, wenn man ihm nicht blos die Verwaltung des Gutes seiner Frau, sondern auch die des seinigen nahm. Allein nach dem Croppschen Separationsprincip würde auf diese Weise nicht erklärt sein, warum nur seines, nicht auch des Gutes seiner Frau Erwähnung geschieht.

Digitized by Google

willet. Durch den Austritt des Mannes fiel dessen Thätigkeit ohne Weiteres hinweg, und wurde diejenige der Frau dadurch nicht mehr unterstützt. Aber darum läßt sich nicht mit Kraut 2, 441 ff. und 501 ff. sagen, das Recht der Frau sei ein gleichsam erst entstehendes oder eventuelles. Eine solche exclusive Herrschaft des Mannes im Hause, wie sie von vielen Germanisten ohne eine genügende Beweisführung postulirt wird, läßt sich bei den Germanischen Ehegatten wohl selbst zu des Tacitus Zeit nicht behaupten, sondern schreibt sich viel eher von der Auffassung her, wonach die Frau sich in der väterlichen Gewalt des Mannes befindet: eine Auffassung, mit welcher die meisten unserer alten Ordele sich gar nicht vereinigen lassen. Zu ihrer Zeit hatte sich die beständige Unmündigkeit des weiblichen Geschlechts bei uns noch so wenig ausgebildet (§ 34), daß man es in dem Falle des Ordels III, 8 (vgl. oben § 44 ff.) nicht einmal nöthig fand, hinzuzufügen, wenn der Mann auch seines Gutes entwältigt sein sollte, wer nun diese Gewalt ferner auszuüben habe, weil es Selbstverständniß war, daß die Frau sie nun allein ausübte, und dabei nach Belieben oder etwanigem Ermessen des Gerichts einen Vormund zuzog [3]).

§ 58.

Argument aus dem Verhältniß nach dem Tode.

Die bisherigen Betrachtungen des ehelichen Güterrechts von dem Standpunkte einer Alt-Germanischen Genossenschaft und sachlichen Gemeinschaft aus führen mich noch auf einen andern Tadel, den ich den bisherigen Erörterungen in dieser Materie zu machen

3) Ich bin daher auch nicht Cropp's Meinung, der 2, 492 es als eine „nothwendige Folge" des Ordels III, 8 bezeichnet, daß nun das beiderseitige Vermögen „der Verwaltung eines Dritten untergeordnet worden." Ebenso wenig theile ich Kraut's Ansicht 2, 566, daß nach dem Grundsatz des Schwabenspiegels in dem Falle, daß der Mann das Vermögen der Frau durchbringe, der Richter ihrem Vormund auch bei uns gestattet, sich ihres Guts zu unterwinden. Ich finde zur Zeit unserer alten Ordele von 1270 keine Spur davon, daß der Frau in solchen Fällen die Verwaltung des Gesammtguts aus den Händen genommen und einem Dritten übertragen sei. In solchen Maaßregeln erkennt man den Einfluß der Ansicht von einer Unselbstständigkeit der Frau, welche Ansicht, bei uns wenigstens, einer späteren Zeit angehört.

Digitized by Google

nicht umhin kann. Falck Privatr. 4, 454 ff. nimmt eine allgemeine Gütergemeinschaft alsdann unter Eheleuten an, wenn die Wirkung dieses Verhältnisses dahin geht, daß die Schulden beider Eheleute, vor wie während der Ehe entstanden, auf dem gemeinen Gut haften, und daß beim Aufhören der Ehe eine gewisse Quote des ganzen Vermögens dem Ueberlebenden zugesprochen wird. Ich kann mich mit diesen beiden Merkmalen nicht einverstanden erklären. Mit dem ersten darum nicht, weil es dem Rechtsbewußtsein unserer Vorfahren fremd war. Das Haften des gemeinen Guts für jene Schulden war eine zufällige Folge, keine nothwendige Wirkung der ehelichen Genossenschaft (§ 34. § 56 Anm. 2). Aus dem Umstande, daß der Mann in der Regel das Geschäft führte, welches die Eheleute ernährte, folgte von selbst und rein zufällig, daß die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten erfüllt werden mußten. Was der Hausherr und die sonstigen Gläubiger des Ehemannes in den Wehren bei seinem Austritte fanden, verfiel ihrem Selbstpfändungsrecht (vgl. meine Vortr. 2, 1, 85 ff. 105 ff.), ohne daß etwa die Rechte der Ehefrau irgend in Anschlag kamen oder kommen konnten. Ebenso mußte beim Tode des Mannes, die Ehe mochte beerbt sein oder nicht, das ganze Vermögen, also auch das Inferirte der Frau, zur Befriedigung der Gläubiger dienen (vgl. unser Statut von 1270 III, 5. 15. 17 mit den übrigen von Kraut 2, 521 allegirten Stadtrechten), und wenn die Frau nicht weiter, wenn sie namentlich nicht mit dem Vermögen, welches sie erst nach dem Tode erwirbt, zu haften braucht, vgl. meine Vortr. 2, 2, 308, so liegt davon der Grund in einer andern alten Rechtsansicht, vgl. das. 2, 2, 312 ff. Es waren aber jene Folgen der vorhandenen Schulden des Mannes bei seinem Austritt oder Ableben durchaus nur factischer Natur, es war sein Recht, das gemeinschaftliche, somit auch das Vermögen seiner Frau mit Schulden zu belasten, noch nicht im Volksbewußtsein als eine rechtliche Nothwendigkeit anerkannt. Daraus erklärt es sich, daß, wie Kraut 2, 518 von einer solchen Befugniß des Ehemannes in keiner älteren Rechtsquelle, ebenso auch im Sachsenspiegel nicht eine Spur sich findet, wo sie ausdrücklich ausgesprochen wäre. Im Verlaufe der Zeit und mit der Erweiterung des ehelichen Mundiums, so wie des Unmündigkeitsprincips der Frauen überhaupt hat sich

Digitized by Google

das ausgedehntere Veräusserungsrecht des Ehemannes so ausgebildet, wie wir es jetzt nicht blos factisch, sondern auch rechtlich anerkennen, wo denn namentlich hinsichtlich der Schulden besondere gesetzliche Vorschriften nothwendig geworden sind. Allein ursprünglich deducirte man die rein zufälligen, factischen Folgen des Verhältnisses des Ehemannes nicht aus einem Rechte des einen Ehegatten, das gemeine Gut mit Schulden zu belasten, so wenig als, wie wir weiterhin bei den Kauffrauen (§ 66 ff.) sehen werden, daran gedacht wurde, welche Folgen die Selbstthätigkeit der Ehefrau für das Ehegut haben konnte, wenn es ihr unglücklich ging, und ihre Unternehmungen der Erwartung nicht entsprachen. Es läßt sich übrigens theoretisch denken, daß eine Legislation diese Folgen auf die eine oder die andere Weise beschnitten hätte, ohne daß darum die rechtliche Natur der ehelichen Gütergemeinschaft verändert worden wäre. Darum scheint es mir bedenklich, von den Folgen auf die Natur des ehelichen Güterrechts zurückzuschließen, und jedenfalls trägt man damit in die alte Rechtsauffassung ein erst später allmählig sich entwickelndes Element hinein.

Viel wichtiger aber, als diese spätere Rechtsentwickelung zu verfolgen, erachte ich es hier, eben nur die Ansicht zu bekämpfen, als ob ursprünglich ein Rückschluß von der Auseinandersetzung der ehelichen Güter nach aufgehobener Ehe auf die Natur der sachlichen Verhältnisse unter den Eheleuten während des Bestehens ihrer Ehe statthaft wäre, abgesehen hier noch ganz von der Art der Auseinandersetzung selbst. Cropp 2, 513 hatte selbst eingeräumt, es könne von dem Umstande, daß man im Falle einer beerbten Ehe nach dem Tode eines Ehegatten die Abstammung des Sammtguts nicht mehr berücksichtigt, nicht auf eine Gütergemeinschaft während der Ehe zurückgeschlossen werden. Es ist dabei von ihm nicht mit einem Grunde gerechtfertigt, daß einem Schluß der Art aus den Verhältnissen nach dem Tode ein Einfluß auf diejenigen während des Lebens für den Fall einer unbeerbten Ehe eingeräumt werden dürfe. Dagegen geht Kraut weiter als alle seine Vorgänger, und wiewohl er darin vollkommen Recht hat, wenn er S. 445 ff. die Ansicht bekämpft, welche die Vermögensrechte des Ehemannes als einen Ausfluß seines ehelichen Mundiums betrachtet, so muß man ihn doch dann gänzlich verlassen, wenn

Digitized by Google

er die Rechte des Ehemannes danach bestimmen will, vgl. S. 445 mit 377 ff., ob nach dem Tode eines der Ehegatten der Ueberlebende ideelle Theile an dem Gegenstande jener Rechte gehabt habe, und wiewohl man ferner darin ihm beipflichten muß, wenn er S. 505 speciell für unsere Hamburgischen Statute die Rechte des Mannes an dem Vermögen der Frau nicht aus dessen häuslicher Herrschaft herleiten will, aber freilich aus einem andern Grunde, als den er ausspricht, nämlich weil man dem Manne eine solche exclusive Despotie im Hause bei unseren Vorfahren nicht zugestehen kann (vgl. oben § 44 ff.), so muß man doch Kraut's Versuch verwerfen, jene Rechte des Mannes „aus der eigenthümlichen Art der Erbfolge der Ehegatten zu erklären." (S. 505 ff.).

Mir scheint bei diesen Argumentationen die rechtliche Natur der Germanischen Gemeinschaft nicht die gehörige Berücksichtigung gefunden zu haben. Wir berufen uns hier auf unsere Ermittelungen in den Vortr. 2, 2, 255 ff. Dieser rechtlichen Natur scheint der Schluß von der Art, wie die Gemeinschaft aufgehoben, und wie dabei die Theile der Mitglieder festgesetzt werden, auf die Beschaffenheit ihrer gegenseitigen Rechtsverhältnisse während der Dauer der Gemeinschaft zu widerstreben. Es ist eben das Eigenthümliche solcher Gemeinschaft, daß während ihres Bestehens getrennte Rechte der Theilnehmer gar nicht als rechtlich möglich gedacht wurden, geschweige daß den einzelnen Theilhabern abgesonderte Theile ausschließlich eigenthümlich zugestanden worden wären, daß überhaupt von Eigenthumsrechten der Einzelnen nicht die Rede ist, so lange die Gemeinschaft existirt, und daß die Art, wie bei ihrer Aufhebung verfahren wird, willkührlichen Bestimmungen unterliegt. Wenn Kraut S. 380 meint, es sei, da die Errungenschaft auch aus der Arbeit der Frau und den Früchten ihres Vermögens hervorgegangen, so natürlich, den Antheil, den sie hiervon bei dem Tode des Ehemannes bekomme, aus einem Eigenthum, das sie schon während der Ehe daran gehabt, abzuleiten, daß er sich vollkommen berechtigt hält, von Demjenigen, der dies läugne, den Gegenbeweis zu verlangen: so muß man andrerseits erwägen, nicht blos daß der Eigenthumsbegriff der Altgermanischen Rechtsauffassung fremd war, und die Vermögensgemeinschaft unter Eheleuten sich auf das Gewehrrecht beschränkte,

Digitized by Google

sondern auch daß es viel natürlicher ist, die Rechte der Eheleute in Beziehung auf Führung des Hauswesens und auf das beiderseits erworbene oder ersparte Vermögen als völlig gleich zu betrachten, und daß es fast undenkbar ist, einen ordentlichen Haushalt zu führen, ohne entweder die Hausfrau zu einer Sklavin herabzuwürdigen, oder beiden Eheleuten gleiche Rechte an den Mitteln zur Hausstandsführung, die doch zunächst gewiß die Errungenschaft darbieten muß, einzuräumen. Man sollte darum umgekehrt von Demjenigen den Beweis verlangen dürfen, welcher behauptet, weil nach dem Tode des Mannes der Frau ein ideeller Theil an der Errungenschaft zugesprochen werde, so folge daraus, daß ihr auch bei Lebzeiten des Mannes abgesonderte und ausschließliche Rechte nach demselben Verhältnisse zugestanden hätten. Wir kommen somit auf das Charakteristische bei der Germanischen Auffassung einer Gemeinschaft, welches dahin ging, daß über die in dem Begriffe des Eigenthums liegenden Rechte der Veräusserung, der Benutzung und des anderweitigen Genusses während des Bestandes der Gemeinschaft kein anderes absolutes Princip zum Bewußtsein kam, als was unmittelbar aus der Natur der Gemeinschaft, hier also der Ehe, floß, sonst aber Alles von den Umständen und den Verabredungen abhing (meine Vortr. 2, 2, 259). Nur bei der Aufhebung einer Gemeinschaft finden sich allgemeine Grundsätze für die Theilung (Vortr. 2, 2, 264 ff.), welche denn auch für die Theilung der ehelichen Gemeinschaft nach aufgelöster Ehe, namentlich zwischen Eheleuten und Kindern in der Wehre nicht fehlen (S. 269), aber nicht einen Rückschluß auf die Rechtsverhältnisse der Theilnehmer während der Dauer der Gemeinschaft gestatten (vgl. Gries 2, 42), zumal da diese Grundsätze meist willkührlich oder doch auf Motiven beruhen, welche auf die Verhältnisse während der Dauer der Gemeinschaft unanwendbar sind.

§ 59.

Fortsetzung.

Selbst eine genauere Betrachtung der Bestimmungen über die Art und Weise, wie zufolge unserer alten Ordele nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft durch das Ableben eines Ehegatten die Auseinandersetzung angeordnet wird, bestätigt auf der einen Seite die allgemeinen Grundsätze bei Aufhebung von Ge-

Digitized by Google

meinschaften überhaupt, auf der andern meine Ansicht von der ehelichen Gütergemeinschaft, worin die Ehegatten als vollkommen gleiche Genossen zu einander standen, ohne daß dem einen ein Vorrecht vor dem andern zukam. Man darf sogar sagen, daß viele Bestimmungen, die sich noch in unserem neusten Erbrecht finden, und auf dem neusten Statut von 1605 beruhen, theils unbegreiflich, theils willkührlich erscheinen, wenn man sie nicht auf die von mir ermittelten Alt-Germanischen Grundsätze von Gemeinschaft zurückführt.

In der letzteren Beziehung hebe ich es hier vorzugsweise hervor, wie nach diesem neusten Recht namentlich der sonderbare Unterschied zwischen der beerbten und unbeerbten Ehe im Falle der Theilung nach dem Ableben eines Ehegatten gemacht wird, daß, wenn Kinder vorhanden sind, sowohl der überlebende Vater 3, 3, 4, als die überlebende Mutter 3, 3, 6 ein Voraus, ein Präcipuum, in Anspruch nehmen kann, welches bei unbeerbter Ehe wegfällt 3, 3, 8. Weder für die eine noch für die andere Bestimmung hat Gries, vgl. 2, 274 und 276 und 289, Gründe angeführt. Beide erscheinen durchaus als legislative Willkühr. Gries irrt sich aber auch noch darin, daß er hinsichtlich beerbter Ehe meint, von dem Voraus komme in den älteren Stadtrechten nichts vor. Das ist grade der Punkt, der uns hier zunächst interessirt, und uns den organischen Zusammenhang dieser legislativen Bestimmungen enthüllen wird.

Für den Fall kinderloser Ehen enthält das Ordel von 1270 III, 10 hier Bestimmungen. Es hat uns schon einmal in diesen Vorträgen bei Betrachtung der Pufendorfischen Hypothese von dem Alter des Stader Stadtrechts I, 482 ff. beschäftigt, und findet sich dort in der Gestalt abgedruckt, welche ich als die älteste und ursprüngliche schon zu einer Zeit betrachtete, als mir die Lappenbergsche Bearbeitung des Textes und seine unschätzbaren kritischen Materialien noch fehlten. Nach jenem Ordel III, 10 nimmt, wenn bei dem Ableben eines Ehegatten keine Kinder vorhanden sind, der Ueberlebende das Gut zu sich, was er dem Andern zugebracht,

> vnde sind de eledere ofte erue ofte husgedinghe wat geergert ofte wat gebetert,

Digitized by Google

so ist das sein schade oder vrome. Was übrig bleibt (die Regulirung der Schulden übergehen wir hier), davon hat er die Hälfte, gleichviel ob der Mann oder die Frau überlebt. Ueber den Beweis des Zugebrachten werden Bestimmungen hinzugefügt [1]), und am Schlusse dem Ueberlebenden die Befugniß zugestanden,

van deme gude, dat uppe syne eruen vallen mochte,

vor God zu geben, so viel er will, nur nicht von Erbgut.

Daß dies die ursprüngliche Gestalt des alten Ordels ist, habe ich damals aus der Vergleichung der verwandten Statute von Hamburg, Stade, Riga und Lübeck nachzuweisen versucht. Seitdem ist die Lappenbergsche Ausgabe unserer alten Statute erschienen, und aus ihrem kritischen Apparat S. 17 ersieht man, daß freilich der von Lappenberg seinem Abdruck, aber lediglich aus äusseren Gründen zum Grunde gelegte Bremersche Codex das Ordel nicht in der obigen, sondern in einer Gestalt hat, wo das Voraus dem überlebenden Ehegatten nicht mehr zugebilligt, und überdies das gleiche Theilungsprincip desselben mit der Familie des Verstorbenen, es mag der Mann oder die Frau theilen, verlassen, und dafür das Princip, das dem Manne zwei Drittheile, der Frau aber nur die Hälfte zugesteht, also dasjenige Princip, welches alle späteren Statute beibehalten haben, an die Stelle getreten ist. Wenn nun auch zwar Kraut 2, 506 Anm. die Fassung, die ich als die ursprüngliche ansehe, verwirft, ohne jedoch weder meine Erörterung vom Jahre 1845 zu kennen, noch auf eine gründliche Kritik der Lesarten einzugehen; so bin ich gleichwohl auch hier der Ansicht, daß die Wegnahme des Eingebrachten abseiten des überlebenden Ehegatten ebensowenig ein Einschiebsel späterer Handschriften ist, als das ungleiche Theilungsprincip für das ursprüngliche angesehen werden kann. Wir haben schon viele Beispiele gehabt [2]), daß, wenn man sich nicht auf die äussere Beschaffenheit der Handschriften beschränkt, sondern die innere Rechtsgeschichte zu Rathe zieht, der von Lappenberg bevorzugte Bremersche Codex keineswegs als die Urform des Statuts von 1270 angesehen werden kann. Die von mir ver-

1) Aehnlichen begegnen wir auch im Lübischen Recht, vgl. die Ordele 85 und 87 in Michelsen der Lübecker Oberhof S. 172. 173.

2) Vgl. auch oben § 48 Anm. 1.

Digitized by Google

theidigte Gestalt des vorliegenden Ordels hat zwei sehr werthvolle Handschriften (vgl. Lappenb. Vorr. S. XCII—XCV), die Göttinger und die von Placcius, für sich. Aber auch sonst würde es unbegreiflich sein, wie ein Theilungsprincip, welches erst in späterer Zeit consequent beobachtet worden ist, von jüngeren Handschriften nicht, und dagegen ein Princip unterstützt wird, welches auf eine merkwürdige Weise mit unseren bisherigen rechtshistorischen Ermittelungen zusammentrifft, und wobei sich in der Theorie des Voraus, welche das neuste Statut, freilich nur bei beerbter Ehe, wieder aufgenommen hat, mit diesem Statut in der Hinsicht eine auffallende Uebereinstimmung findet. Kann man von dieser Seite nicht umhin, einen alten Rechtssatz als die gemeinschaftliche Quelle des Ordels nach der von uns in Schutz genommenen Gestalt und der erwähnten Bestimmung des neusten Statuts zu vermuthen; so läßt es sich in Hinsicht auf die weitere Theilung viel eher annehmen, daß man von einer gleichen später zu einer ungleichen Theilung, je nachdem Mann oder Frau überlebt, übergegangen ist, als umgekehrt.

Wenn man nun erwägt, daß das Ordel von 1270 III, 16 über Gemeinschaften überhaupt grade in dem Stücke steht, wo Bestimmungen über die Verhältnisse zwischen Ehegatten und Kindern oder Verwandten hinsichtlich des Vermögens zusammengestellt sind: so läßt es sich nicht wohl annehmen, daß man wenigstens ursprünglich nicht sollte dasselbe Princip auch bei der vollkommensten dieser Gemeinschaften, bei der ehelichen, beobachtet, daß man nicht sollte auch bei Eheleuten, wie im Fall,

hebbet sustere vnde brodere ere Gud to samende,

das Princip bei ihrem Leben beobachtet haben,

wynnet se wat, dat is erer aller vrome, vnde vorlesет se wat, dat is erer aller schade.

Es läßt sich ferner nicht annehmen, wenn die ehelichen Genossen sich im Leben hinsichtlich ihrer Güter so vollkommen gleich standen, daß ihr beiderseitiger Gewinn und Verlust ihnen Beiden zu Gute kam, nun hätte gleich ursprünglich ein anderes Princip eintreten sollen, wenn Einer von ihnen aus dem Leben geschieden, und es wäre dann der Eine oder der Andere bevorzugt worden.

Andererseits lag, wenn auch bei der Auseinandersetzung von Gemeinschaften mehr oder weniger willkührliche Normen sich geltend

Digitized by Google

machten, es sehr nahe, und zwar eben weil man das eheliche Verhältniß gleichfalls als eine Gemeinschaft auch in Beziehung auf das Gut betrachtete, zunächst dasselbe auf eine ähnliche Art aufzulösen, wie andere Gemeinschaften, wo zuerst jeder Genosse thunlichst Dasjenige zu sich nimmt, was er selbst zugebracht, und wo, was dies verloren oder gewonnen, ihm zu Gute kam oder zur Last fiel: ein Princip, welches einer Zeit am nächsten liegt, die bei Beschädigungen überhaupt, wie wir in der Lehre von der Zurechnung gesehen haben, höchst generelle, nach äusseren Umständen sich bestimmende Grundsätze befolgte (Vortr. 1, 2, 392).

Man kann somit auch aus inneren Gründen kein Bedenken haben, die von mir gewählte Gestalt des Ordels III, 10 als die ursprüngliche zu betrachten.

§ 60.

Fortsetzung.

Hatte man sich nun freilich dem, wie es mir nicht unwahrscheinlich ist, unserem Recht ursprünglich fremden [1]) Princip der ideellen Theilung auch schon in dem alten Ordel nach seiner Urform so sehr genähert, daß man es wenigstens nach der Vorausnahme des Eingebrachten für den überlebenden Ehegatten insofern eintreten ließ, als bei den Uebrigbleibenden nicht darauf gesehen werden sollte, wie dies in die Ehe gekommen, ob es erworben, ob der Verstorbene oder der Ueberlebende es erworben, oder ob dieser es zugebracht, sondern das Uebrige in zwei gleiche Hälften zerfiel, wovon der Ueberlebende die eine, die Familie des Verstorbenen die andere zu sich nahm: so war jenes Princip doch noch, um mich des Ausdrucks zu bedienen, nicht zum Durchbruch gekommen. Grade eben dieser Umstand bestätigt mir das höhere Alter der Gestalt, die ich dem Ordel III, 10 gebe.

1) Wie wenig das Princip dem Rechtsbewußtsein zusagte, beweisen die Aenderungen schon 1292 E, 18, wo man, und zwar sonderbarer Weise ohne hier der Frau dasselbe zuzugestehen (vgl. aber E, 13), dem Manne noch vor aller Theilung die Kost für einen Monat und für das Begräbniß zubilligte, und ebenso 1497 J, 19, wo wiederum durch einen neuen Zusatz nachgeholfen, und dem Manne gestattet ward, der Frau ein Voraus zuzugestehen, jedoch, falls es über gewisse Gegenstände hinausgeht, und von Erbgut gegeben werden soll, nur mit Vollbort der Erben.

Digitized by Google

Jetzt entsteht nun freilich die Frage, wie ist man darauf verfallen, schon 1276 [2]) dem Ordel eine andere Gestalt zu geben, hier von dem Eingebrachten ganz zu abstrahiren, und die moderne ungleiche Theilung einzuführen, wonach der Mann vor der Frau bevorzugt wurde?

Wie man auch diese Frage sich veranlaßt findet zu beantworten, die Gesichtspunkte von Cropp, Gries und Kraut kann man hier nicht als die richtigen anerkennen.

Zuerst meint Cropp S. 527 im Text, das Wesentliche der Vorschrift von 1270 habe darin gelegen, daß zwar in Hinsicht auf die eheliche Succession keine Gesammtmasse aus dem bei dem Absterben eines Ehegatten vorhandenen Vermögen gebildet, daß aber in Hinsicht auf Schuldenzahlung der Grundsatz befolgt sei, auch die unbeerbte Frau hafte mit ihrem Gute dafür. Man habe diese beiden Vorschriften praktisch unvereinbar gefunden, und deshalb schon 1276 blos um deswillen die Statuten revidirt, und dahin modificirt, daß auch bei der unbeerbten, wie bei der beerbten Ehe zum Behuf der Succession ebenso wie zum Behuf der Schuldenzahlung ein Sammtgut constituirt werden sollte.

Man kann auf diese Ansicht nur entgegnen, daß, wenn Unterscheidungen zwischen den beiden Zwecken, Regulirung der Schulden und Regulirung der Succession, mit dem alten Ordel bezweckt, daß mithin einer der wesentlichsten Zwecke des Ordels Sorge für die Erbschaftsgläubiger gewesen wäre, es gar nicht ungeschickter hätte abgefaßt werden können. Vielmehr erscheint für die unbefangene Betrachtung die Bestimmung, daß die Schulden vorweg zu berichtigen sind, durchaus nur als Nebensache

2) Cropp Abh. 2, 477 Anm. 91. 527 Anm. 169 meint, in diesem Artikel sei zwischen den beiden Statuten von 1270 und 1276 die alleinige Abweichung, während sonst unter ihnen eine wörtliche Uebereinstimmung herrsche. Das ist unrichtig. Die Statute von 1276 und 1277 enthalten ausserdem auch einige Artikel, die 1270 fehlen VI, 31—33. XI, 4. XII, 13, wie dies Lappenberg Einl. S. XCVII bemerkt. Der Letztere läßt sich über das Verhältniß der beiden Statute von 1270 und 1276, die Anderson beide hat abdrucken lassen, nicht aus, und scheint nur eine Verschiedenheit der Handschriften, nicht der Redaktionen nach der Jahresbezeichnung anzuerkennen, weshalb in seiner Ausgabe das Statut von 1276 nicht abgedruckt ist.

Digitized by Google

behandelt, sie wird ganz beiläufig erwähnt, und, was gewiß für Cropp's Ansicht das Auffallendste ist, 1276 und selbst in allen übrigen Handschriften des Statuts von 1270 mit alleiniger Ausnahme der zwei erwähnten ganz mit Stillschweigen übergangen. Auch verstand sie sich wirklich von selbst, und wenn sie mit einem over so thovoren bevorwortet wird, so sieht man ihre beiläufige Erwähnung dadurch gerechtfertigt, daß man damit dem unstreitig sonst gegründeten Selbstpfändungsrechte des Hauswirths und aller übrigen Gläubiger (vgl. Vortr. 2, 1, 110. 111) vorbeugen wollte.

Ueberhaupt sind Unterscheidungen der Art, wie Cropp sie hier, wohl nur aus Vorliebe für seine Hypothese, finden wollte, von einer so subtilen und unpraktischen Natur, daß sie schon deshalb kein günstiges Vorurtheil für ihre Existenz erwecken können. Natürlich und dem Bedürfniß des Lebens angemessen waren Bestimmungen über die Vertheilung der Erbschaft, wenn ein Ehegatte kinderlos starb. Hier zu distinguiren, für Gläubiger eine andere Ansicht von den Gütern der durch den Tod aufgehobenen Gemeinschaft aufzustellen, als für Erben, dazu war irgend ein praktisches Motiv nicht vorhanden. Daran ward hierbei nicht gedacht, daß möglicher Weise nach Abzug der Schulden nicht einmal ein Eingebrachtes, geschweige denn ein sonstiges Theilungsobject vorhanden sei. Nicht die Folgen der Dispositionsfreiheit beider oder des einen oder des andern der Ehegatten bei ihrem Leben wurden hier in Anschlag gebracht, nicht die Möglichkeit, die nun dem Manne gegeben war, selbst das Eingebrachte seiner Frau durch Schulden zu absorbiren. Man beschränkte sich eben nur darauf wesentlich, die Theilung anzuordnen, wenn Etwas zu theilen war. Daher 1276 die spätere Form, und der Umstand, daß erst 1292 wieder der Berichtigung der Schulden gedacht wird.

Gries 2, 43 stellt die Vermuthung auf, man habe es billig gefunden, für den Unterhalt des überlebenden Ehegatten neben möglichster Schonung des Erbrechts der Blutsverwandten zu sorgen, es habe hart scheinen müssen, daß von dem nicht begüterten Ehegatten bei dem Tode seines wohlhabenden Ehegenossen dessen ganzes Vermögen den Erben auszukehren gewesen, und deshalb habe das erwähnte Ordel dem überlebenden Ehegatten einen bestimmten Theil des Nachlasses seines verstorbenen Ehe-

Digitized by Google

genossen angewiesen. Da aber in dem umgekehrten Falle, wenn der unbegüterte Ehegatte zuerst gestorben, die Schmälerung des Erbrechts der Blutsverwandten durch den Zutritt des wohlhabenden, keiner Rücksicht bedürfenden Ehegatten nicht minder unbillig habe erscheinen können, so habe dies in der Revision von 1276 die neue Bestimmung herbeigeführt.

Auch in diesem Räsonnement vermißt man die nahe liegende Berücksichtigung der bisher bestandenen ehelichen Genossenschaft, und andererseits wird der Begriff des Erbrechts, man möchte sagen, zu sehr romanisirt. Wenn übrigens die legislativ durchaus verwerfliche Rücksicht auf die besonderen Umstände einzelner Fälle, wenn die Billigkeit oder Härte, sei es hier gegen den überlebenden Ehegatten, dort gegen die Blutsverwandten des Verstorbenen, den Ausschlag gegeben hätte; so läßt es sich doch nicht läugnen, daß um solcher Gründe willen sich wohl noch passendere Auswege hätten ermitteln lassen. Allerdings war es ganz natürlich, daß man bei der Aufhebung der bisher durch die Ehe bestandenen, mit dem Tode beendigten Gemeinschaft zunächst darauf verfiel, das Verhältniß, welches bei der Entstehung der Ehe und ohne dieselbe bestanden haben mochte, zu berücksichtigen, hier aber zunächst des Ueberlebenden, und was dieser in die Ehe gebracht, zu gedenken. Wäre hier die Sorge für den Unterhalt desselben die erste Rücksicht gewesen, so würde man nicht, und zwar 1270 III, 14 ganz speciell die in der Regel doch hülflosere Frau so sehr, und namentlich auf einen Monat Kost im Sinne des Landrechts (Sachsenssp. I, 22) beschränkt haben. Vielmehr ward auch bei dieser Gemeinschaft ganz den allgemeinen Grundsätzen entsprechend, ein Princip für die Auseinandersetzung ermittelt, welches nothwendig auch hier mehr oder minder willkührlich war, aber hier nächst der Rücksicht auf das Eingebrachte des überlebenden Ehegatten ihre völlige Gleichheit während der Ehe in Anschlag brachte. Daß man daher eine gleiche Theilung hinsichtlich des gemeinen Guts, von dem nur das Eingebrachte abgesondert wurde, für geeignet fand, war fast Selbstverstand. Es scheint auch damals diese Art der Auseinandersetzung gebräuchlich gewesen zu sein. Wenigstens wird sie zwischen Eheleuten im ältesten Resignationenbuche p. 24, 18 ff. ausdrücklich verabredet. Wenn übrigens die Bremersche Handschrift ganz allein statt der

Digitized by Google

vulgären Lesart aller bis auf jene zwei übrigen Handschriften, wonach die Wittwe half dat gud nehmen soll, de vrouwe de helfte eres geldes van sik genen läßt, so kann man auch schon in dem Ausdruck eine Lesart nicht verkennen, die auf eine historische Bedeutung keinen Anspruch hat.

Auf die Krautsche Erörterung 2, 505 ff., womit er es versucht, das Verhältniß des Mannes zu dem Vermögen der Frau während der Ehe aus der eigenthümlichen Art der Erbfolge der Ehegatten zu erklären, brauchen wir hier in ihrem ganzen Detail nicht einzugehen, weil, wie erwähnt, der Rückschluß von dem Verhältniß nach dem Tode auf dasjenige beim Leben zurückgewiesen werden muß. Ueberdies hat er unser Ordel unrichtig aufgefaßt, so wie er denn merkwürdiger Weise von dessen Parallelen gar keine Notiz nimmt, ungeachtet er bei Erwähnung des Stadtrechts von dem unbedeutenden Städtchen Freiburg im Breisgau der sich „diesem anschließenden andern Stadtrechte" ausdrücklich gedenkt. Er stellt daher auch die unrichtige Ansicht auf, unser Recht unterscheide sich vom Anfange an darin vom Lübischen (Cod. Hach. I, 8. II, 21), daß zwar hier, aber nicht dort das Vermögen der Ehegatten beim kinderlosen Tode eines derselben „wieder auseinander falle," womit er meint, es sei vom Eingebrachten zu keiner Zeit dann in Hamburg noch die Rede gewesen. Er meint dabei S. 508, die Hamburgischen Statuten gäben der Frau ausdrücklich das Recht, ihre von ihm ohne ihre Einwilligung veräusserten Immobilien zu revociren, und bezeichnet S. 509 die Ehefrau als „Erbin ihres Mannes." In diesen beiden Beziehungen legt Kraut in unsere alten Ordele Ansichten hinein, die gar nicht unmittelbar darin gefunden werden können. Was zuvörderst die letztere Behauptung betrifft, so stützt sie sich theils auf eine gänzliche Verkennung des Rechts eines überlebenden Theilhabers einer Gemeinschaft, theils auf eine genau genommen Römische Auffassung des Erbrechts. Nicht als Erbin ihres Mannes erlangt sie an dem Vermögen der Gemeinschaft nach dessen Ableben dasjenige Recht, das vor 1270 successiv und bis 1605 herunter anders modificirt worden ist, sondern sie hat es als Theilhaberin der ehelichen Gemeinschaft. Sodann bestimmt das Ordel von 1270 I, 20, ganz in Uebereinstimmung mit dem Lübischen Recht Cod. Hach. I, 15. II, 18. III, 6 (vgl. Cropp Abh. 2,

Digitized by Google

472), daß der Mann ohne ihr Vollbort und Jawort das ihr mitgegebene oder von ihrem Gute gekaufte Erbe nicht veräussern dürfe. Wir haben dies Ordel § 56 betrachtet, und wird schon aus unserer früheren Betrachtung ohne Weiteres klar sein, daß aus dem Ordel nicht folgern kann, die Frau habe die Revocation schlechtweg vornehmen können, wenn der Dritte oder die Behörde unterlassen, den Mann dazu anzuhalten, Jawort und Vollbort der Frau zu beschaffen. Es läßt sich dies ebenso wenig annehmen, als die Frau eine Hülfe hatte, wenn es sich beim Ableben des Mannes ergab, daß für die vorhandenen Schulden selbst ihre Immobilien nicht ausreichten (§ 58). Auch hier werden die Römischen Unterscheidungen zwischen Mobilien und Immobilien (s. darüber Vortr. 2, 2, 198 ff.), die Römischen Grundsätze von der Nichtigkeit gewisser Rechtshandlungen, denen ein Erforderniß abgeht, vom Widerruf ꝛc. mit einer Schärfe auf unsere alten Ordele angewandt, wie man sie nicht gestatten darf, will man nicht Gefahr laufen, ihre eigentliche Rechtsbedeutung zu verfehlen. Grade der Umstand, daß das alte Ordel sowohl 1270 als in den späteren Redactionen auch den Fall bedenkt, wo mit den beweglichen Gütern der Frau ein Grundstück gekauft wird, und auch dazu ihren Consens speciell fordert, führt auf den Gedanken, es müsse dem Ordel ein anderes Moment unterliegen, als der bloße Gegensatz zwischen Mobilien und Immobilien. Vielleicht machte sich hier nach Maaßgabe des Ordels von 1270 I, 13 die Ansicht geltend, daß zur Veräusserung oder Beschwerung von Immobilien eine öffentliche Verlassung erfordert wurde, wo jetzt nach Vorschrift des Ordels von 1270 V, 3 die Frau nicht mehr ohne männlichen Beistand sollte handeln können, wo also sich vielleicht die Ansicht annehmen ließ, der Ehemann habe als solcher sich ermächtigt gehalten, solche Handlungen allein vorzunehmen. Da wird denn gesagt, allein dürfe er das nicht thun, sondern nur mit ihr, ohne sich irgend darüber auszusprechen, wie zu helfen sei, wenn doch eine derartige Auflassung ohne die Frau geschehen war. Wie wenig in der Form des Verbots, welche das Ordel 1270 trägt, für die Folgen seiner Uebertretung gesucht werden darf, beweist der Umstand, daß dasselbe Ordel, wie wir § 56 gesehen haben, schon von 1292 an nicht mehr als ein Verbot, sondern als ein besonderer Erlaubnißfall erscheint,

Digitized by Google

wo dem Manne die Auflassung gestattet sei, ohne die Frau dabei zuzuziehen.

§ 61.

Fortsetzung.

Ehe wir die Exegese des Ordels III, 10 verlassen, ist es wohl nicht unangemessen, noch einen Umstand hier zu erörtern, der meines Erachtens in neuester Zeit unrichtig entschieden ist. In der nach meiner Ansicht ältesten Form desselben heißt es von dem Eingebrachten der Frau: vnde sind ere cledere ofte er erue ofte husgedinghe wat geergert, schade ere, vnde is ei wat gebetert, vrome ere [1]), was auch für den Mann gilt, wenn er die Frau überlebt. Nun hat Pauli Abh. 2, 75 ff. sich bemüht, nachzuweisen, daß nach Lübischem Rechte die Frau nach des Mannes Ableben für das von ihrer inferirten Aussteuer Verlorengegangene, Veräusserte oder Abgenutzte allerdings habe Ersatz fordern können, und daß dieser Ersatz aus dem anderweitigen Nachlasse erst vollständig habe geschehen sein müssen, ehe ein Gegenstand der ferneren Theilung als vorhanden anzunehmen sei. Auch Kraut 2, 498 ist dieser Ansicht beigetreten, und hat die entgegenstehende von Hasse und Cropp verworfen. Mir scheint dagegen sowohl für das Lübische, als für das von mir ermittelte älteste Hamburgische Recht zur richtigen Entscheidung dieser Controverse eine Distinction zu führen. Ist von speciell bestimmten Sachen die Rede, von Kleidern, Grundstücken, Hausgeräth, so trat hier wie dort der Grundsatz ein, den die Lübischen Statute mit den Worten bezeichnen ofte it dar is. Anders wenn das Eingebrachte eine Geldsumme ist [2]). Hiervon sind diejenigen Stellen zu ver-

1) Um einer irrigen Auffassung dieser Stelle bei Kraut zu begegnen, muß erinnert werden, daß hier nicht von den Früchten, sondern von der eigentlichen Ameliorirung der Gegenstände die Rede ist, was sich durch die hervorgehobenen Beispiele insofern bestätigt, als wenigstens bei den Kleidern und dem Hausgedinge nicht wohl an Früchte gedacht werden kann. Warum grade diese Gegenstände namhaft gemacht werden, fragt sich. Vielleicht bestand das Gut der Frau meist daraus. Daß das Princip für Weibergut bei mehreren Friesischen Stämmen sich finde, hat Kraut S. 389 Anm. 18 nachgewiesen.

2) Die Unterscheidung zwischen fungibeln und nicht fungibeln Sachen ist hier als Römisch unstatthaft.

Digitized by Google

stehen, die Pauli S. 76 allegirt. Eine solche Geldsumme muß allerdings erst herbeigeschafft werden, es ist hier eine Geldschuld anzunehmen, die erst aus dem Sammtgute berichtigt werden muß, ehe die weitere Theilung eintreten kann. So scheint nicht blos das Lübische, sondern auch das älteste Hamburgische Recht aufgefaßt werden zu müssen; dann stehen die Beispiele Pauli's damit nicht im Widerspruch, und die Uebereinstimmung beider Rechte bestätigt die Richtigkeit dieser Auffassung.

§ 62.

Fortsetzung.

Der Fall beerbter Ehe.

Betrachtet man das Ordel III, 10 in der Art, wie sie mir allein historisch als die älteste erscheint, so erklärt es sich auch viel einfacher, warum die Ordele von 1270 zwischen beerbter und unbeerbter Ehe unterschieden haben. Denn nur in der letzteren Hinsicht fiel, um mich des Krautschen Ausdrucks zu bedienen, die Gemeinschaft nothwendig aus einander, es mußte nothwendig eine Theilung Statt finden, und mithin das Theilungsprincip zur Vorbeugung von Collisionen zwischen den Rechten der Gewehr und Gewalt, so wie zwischen den Rechten der Ehegatten und Blutsverwandten angegeben werden. Bei beerbter Ehe bestand dagegen die Gemeinschaft durch die Gewehr fort, bisher nächst der Genossenschaft das wichtigste Band, durch das die verschiedenen Güter zusammengehalten waren. Wie beim Anfang der Ehe beide Eheleute mit ihren Sachen zu einander in die Wehre traten, so blieb nach dem Ableben des einen Ehegatten der Ueberlebende mit den Kindern in derselben Wehre unverändert. Hier waren daher nur für den Fall des Ausscheidens aus der Gemeinschaft besondere Vorschriften über die Auseinandersetzung um so mehr nothwendig, da die Praxis, wie wir aus dem ältesten Resignationenbuche sehen [1]), hier noch nicht zu festen Normen gelangt war.

---

1) So fasse ich dort den Fall p. 12, 14 ff. auf, wo der Vater seinem Sohne bei der Abtheilung erklärt, welche ohnehin sehr generell gestellt ist: Amplius nihil extorquebit. Von einer erzwungenen Abtheilung möchte ich dies nicht mit Reimarus S. 446 ver-

Digitized by Google

Dies Verhältniß der Gewehr war damals eben so sehr Selbstverstand bei der Beurtheilung der Vermögensrechte nach dem Ableben eines Ehegatten, wie es jetzt dem rechtlichen Bewußtsein ebenso fremd geworden ist. Daraus erklärt es sich, daß namentlich ein Fall jetzt ganz anders beurtheilt wird, als damals. Wenn nämlich jetzt der überlebende Ehegatte zur zweiten Ehe schreitet, so hält die Legislation und unser Rechtsgefühl es für unerläßlich, die Kinder der ersten Ehe vorher abzutheilen oder mindestens sicher zu stellen. Man begreift es jetzt kaum, warum nicht wenigstens schon 1605 für diese Kinder besser gesorgt ist. Dazu war aber ursprünglich nächst dem Einflusse des Familienraths (§ 33) beim Fortbestehen der Gemeinschaft in der Gewehr das rechtliche Bedürfniß nicht vorhanden. Der Fall ward daher als etwas ganz Erlaubtes und Gewöhnliches behandelt, daß Kinder mehrerer Ehen sich in der Gewehr bei einander fanden, daß, wie es 1270 III, 16 heißt, sustere vnde brodere ihr Gut zusammen haben, sie mögen aus welcher Ehe ihrer Eltern sie wollen, und diese beide verstorben oder eins noch am Leben sein. Dies Verhältniß der Gewehr [2]) erklärt ferner die Entscheidung des Falles, daß Kinder aus dieser Gemeinschaft herausgetreten sind, und es sich nun um ihre Erbschaft bei ihrem kinderlosen Ableben handelt, über welchen Fall sich zwischen allen unseren Statuten von 1270 bis 1605 (vgl. Gries 2, 303. 304) die merkwürdigsten Abweichungen finden. Ursprünglich wurde die Entscheidung dieser Frage lediglich davon abhängig gemacht, ob eine Gewehrgemeinschaft fortbestand zwischen dem überlebenden Ehegatten und den übrigen Kindern. Dann fiel noch 1270 III, 2 dat gud des verstorbenen ausgesonderten Kindes an de elderen de dar leuen vnde an de kindere de dar nicht vthgesundert weren, es fällt das Gut an die Ge-

---

stehen: dazu fehlt es an einem genügenden Grunde. Weil eben feste Grundsätze über die Art der Theilung noch fehlten, war es nothwendig, durch Resignationen sich wegen fernerer Ansprüche förmlich zu sichern, vgl. p. 24, 22. 25, 5. 130, 16 ff. 140, 23 (wo addictum dasselbe ist, was p. 134, 2 Ansprache, und p. 177, 6 impetio [für impetitio] heißt) p. 178, 4 u. s. w.

2) Vgl. über den Einfluß der Gewehr auf die Erbfolge die Ansichten von Pauli 3, 88 ff.

Digitized by Google

meinschaft zurück, aus der es hervorgegangen war [3]). Ist die Gemeinschaft aber ganz aufgehoben, dann soll nach dem Ableben eines ausgesonderten Kindes dat gud vallen uppe sine brodere vnde sustere alghelik nach III, 11. Es wird III, 12 noch einmal eingeschärft wor kindere van eren olderen schicht vnde scheden, so eruet en kint uppe dat andere. Mir scheinen diese Bestimmungen auf die Gemeinschaft, welche durch die Ehe entstand, und an die Stelle der zwischen den sämmtlichen Mitgliedern einer Familie (§ 33) bestehenden trat, ein besonderes Licht zu werfen. Wer aus der ehelichen Gemeinschaft, die durch das Recht der Gewehr selbst nach dem Tode eines Ehegenossen fortbestand, gänzlich ausschied, trat in die Familiengemeinschaft ein, so daß seine Vermögens-Verhältnisse nach seinem Ableben nach dieser, und von jener unabhängig regulirt wurden. Der Grund davon, daß der Nachlaß eines ausgesonderten Kindes nicht an die Eltern, wohl aber an die in der Wehr gebliebenen Kinder eben so gut als an die übrigen ausgesonderten fiel, und nicht etwa jene ganz ausgeschlossen wurden, so gut als die Eltern, was offenbar consequenter aus dem Princip der Gewehrgemeinschaft folgen würde, ist schwer zu ermitteln. Vielleicht übte hierbei der Umstand seinen Einfluß aus, daß bei uns [4]) der über-

3) Mir scheint in diesem einzelnen Falle diejenige Lesart die ursprüngliche des Ordels zu sein, welche nur die Autorität der Bremerschen Handschrift und des Stader Statuts II, 2 (Pus. I app. p. 179) für sich hat. Die Lesart, wonach das Gut fallen soll uppe de anderen kindere ghelik, se weren uthgheſundert ofte nicht, und wonach also das Verhältniß der Gewehrgemeinschaft nicht weiter in Betracht kommt, muß schon darum als die jüngere angesehen werden, wenn gleich alle übrigen Handschriften unseres ältesten Statuts, das Statut von 1276 (vgl. Anderſon S. 165), das Rigaische 28 (Pus. III app. p. 233) und Lübische Cod. Hach. III, 270 sie haben, weil sie sich ebenso 1292 E, 2 und 1497 J, 7 wiederfindet, und übrigens eine ganz willkührliche Bestimmung enthält, über deren Gründe die Langenbeckſche Glosse (S. 256 Lapp.) ihre eigenthümlichen Vermuthungen aufstellt.

4) Wenigstens findet sich bei uns nicht wie im Lübischen Recht (Cod. Hach. II, 20. III, 126 vgl. Pauli 2, 159 ff.) die ausdrückliche Vorschrift, daß das zu seinen Jahren gekommene Kind eines überlebenden Ehegatten sein Erbe fordern könne. Allein es mag bei uns in der Praxis selbst doch vorgekommen sein, daß dergleichen

Digitized by Google

lebende Ehegatte nicht gezwungen werden konnte, seine Kinder abzutheilen, wenn er nicht zur zweiten Ehe schritt, es also nicht in der Gewalt der Kinder lag, ob sie aus der Gemeinschaft heraustreten wollten oder nicht.

Oder man müßte zur Erläuterung des Ordels von 1270 II, 11, sofern es den Fall einer gänzlich vor dem Tode eines abgesonderten Kindes aufgehobenen Gemeinschaft entscheidet, die Bestimmungen von 1292 E, 22 und 1497 J, 21 zu Hülfe rufen, und die erwähnte Entscheidung von 1270 von dem Falle verstehen, daß zwar die Kinder alle von dem überlebenden Ehegatten abgetheilt, die somit zwischen diesem und ihnen bestandene Gemeinschaft vollkommen auseinandergesetzt ist, zwischen den Kindern selbst aber diese Gemeinschaft fortbestand. Dann würde das Ordel das Princip der Gemeinschaft unter Geschwistern insofern bekräftigen, daß, falls ein Theilnehmer unbeerbt herausscheidet, die Ueberlebenden unter sich die Gemeinschaft fortsetzen, sein gud also uppe sine brodere vnde süstere algheliк fällt, weil eben unter diesen die Gemeinschaft fortbesteht.

Jedenfalls erscheinen die weiteren, zu dem alten, auch 1276 beibehaltenen Ordel, schon 1292 E, 22 und vollends 1497 J, 21 hinzugekommenen Bestimmungen als Ausflüsse bloßer legislativer Willkühr. Denn wenn es 1292 heißt, das Gut des unbeerbt gestorbenen abgetheilten Kindes soll, im Falle de kindere schicht vnde schedhen vnder sic sind, eruen uppe den vader edder uppe de moeder, und wenn dies 1497 wiederholt, und dann noch insbesondere hinzugefügt wird, wenn aber der überlebende Ehegatte nicht vnuorandert beth ant ende synes leuendes geblieben wäre, so soll sulк gud eruen van deme eynen kynde uppe dat ander, so ist hier ein consequentes Princip schwerlich ausfindig zu machen. Dennoch muß die Bestimmung sich in der Praxis so fest behauptet haben, daß sie 1605 3, 3, 13 noch ausgedehnt, und auch auf

---

Ansprüche erhoben sind, und sich daraus ebenfalls die Anm. 1 erwähnte Resignation erklären. Später half hier das Statut von 1605 3, 3, 5, aber ohne verhindern zu können, daß die Praxis die hier sich aufwerfenden Streitfragen nicht sehr ungleich entschieden hätte, und zwar ebensowohl in Hamburg, vgl. Cropp Abh. 2, 571 Anm. 245. Gries 2, 249 ff., als in Lübeck, vgl. Pauli 2, 162.

Digitized by Google

den Fall, da mehrere Kinder gänzlich abgetheilt worden, ohne daß diese unter sich verbunden geblieben wären, angewandt worden ist, wo die Erbschaft eines solchen kinderlos verstorbenen Kindes allemal nicht dem überlebenden Vater oder Mutter, sondern den Geschwistern zufällt. Für diese Extension der früheren Bestimmung lassen sich noch weniger geschichtliche oder rationelle Gründe ermitteln, und daher verfällt die Praxis (vgl. Gries 2, 303. 304) auf ebenso willkührliche Auslegungen, wohin ich namentlich die rechne, daß der Urheber der Vorschrift 3, 3, 13 nur den Fall der gänzlichen Abtheilung aller Kinder im Auge haben soll, weil theils wir eben aus dem Statut von 1270 ersehen haben, daß es auch für den Fall, wenn nicht alle Kinder gänzlich abgetheilt waren, anordnete, das Gut eines abgetheilten, kinderlos verstorbenen Kindes solle ohne Unterschied seinen Geschwistern zufallen, und dem Umstande, daß von diesen eins oder einige noch mit dem überlebenden Vater oder Mutter in der Gewehr geblieben waren, keinen Einfluß einräumt, theils aber der Art. 13 ausdrücklich die Erbfolge für den fraglichen Fall auf die vollbürtigen Geschwister beschränkt, das Erbrecht also nicht auf die Gewehrgemeinschaft, sondern auf die Geburt zurückführt. Eben wegen dieses letzteren Umstandes erscheint es als eine wunderliche Begriffsverwirrung und gleichsam als eine Nachwirkung des alten Begriffs von Gewehrgemeinschaft, von welchem man sich 1605 noch nicht ganz hatte befreien können, wenn der Art. 13 hinzufügt, daß, falls die Kinder nicht gänzlich, sondern nur vom Mütterlichen abgetheilt waren, Vater und vollbürtige Geschwister zu gleichen Theilen erben, somit dem Umstande der zwischen diesen fortbestehenden Gewehrsgemeinschaft ein Einfluß auf das Erbrecht beigemessen wird.

Am Schlusse dieser, unserem gegenwärtigen Zwecke nach nur ganz allgemeinen Betrachtungen über das Schicksal der ehelichen Güter nach dem Ableben eines Ehegatten und nach der dadurch aufgehobenen Ehe, läßt sich dann der Punkt wieder aufnehmen, von welchem wir (§ 59) ausgegangen sind. Wenn das neuste Statut für den Fall der beerbten Ehe bei der Theilung der Gütergemeinschaft dem überlebenden Ehegatten ein Voraus zubilligt, was er im Fall einer unbeerbten Ehe nicht hat: so kann man freilich sagen, die desfallsige Vorschrift 1605 3, 3, 4 und 6 ver-

Digitized by Google

danke einer Zeit ihr Dasein, wo der Begriff einer Gewehrgemeinschaft bereits aus dem Rechtsbewußtsein verschwunden oder wenigstens abgeblichen war. Allein man kann auch die Vorschrift als ein Mittel betrachten, den überlebenden Ehegatten, der rechtlich nicht zur Abtheilung zu zwingen war, dazu wegen seines eigenen Vortheils geneigter zu machen, wiewohl ich dieser Ansicht lediglich den geringen Werth einer bloßen Conjectur zugestehen möchte.

§ 63.

Cropp's Argumente gegen eine sogenannte innere eheliche Gütergemeinschaft.

In den bisherigen (§ 50 ff.) Betrachtungen über die Mängel, welche man der bei der Untersuchung der Natur des ehelichen Güterrechts von den Germanisten beobachteten Methode vorzuwerfen haben dürfte, ist zugleich die Widerlegung der wesentlichsten Argumente Cropp's für seine Hypothese enthalten, sie zum Theil selbst direct erörtert, oder wenigstens in specieller Beziehung auf sie jene Mängel nachgewiesen worden. Uns bleibt jedoch noch eine kleine nicht uninteressante Nachlese übrig.

Hierher rechne ich das Argument Cropp's (vgl. 2, 540 und Harder Beitr. S. 46) aus dem, in Hinsicht auf Frauenehre bereits von uns oben (§ 28) erwähnten Ordel von 1270 VI, 7, daß danach der Ehemann alleiniger Eigenthümer der ehelichen Errungenschaft gewesen sein müßte. Dies Argument läßt sich gradezu umkehren. Das Ordel würde etwas ganz Unnöthiges bestimmen, wenn es blos hätte anordnen wollen, was der Mann der Frau gegenüber mit der Errungenschaft vornehmen dürfe. Man muß vielmehr berücksichtigen, daß das Ordel eigentlich nur Beschränkungen der Rechte des Ehemannes enthält: einmal darf der Mann nur fromme Zwecke bedenken, sodann nur Verfügungen treffen, wenn die Frau sich hatte Etwas zu Schulden kommen lassen. Geht man nun hier von der Annahme einer allgemeinen Gütergemeinschaft unter den Eheleuten aus, kraft welcher auch dem Manne die Verwaltung der Güter zustand, so stellt sich die Nothwendigkeit des Ordels heraus, um dies Recht des Ehemannes für gewisse Fälle näher zu bestimmen. Daß das wohlgewonnene Gut als sein bezeichnet wird, als von ihm erworben, ist etwas für den Zweck dieser Bestimmungen nicht weiter Wesentliches,

Digitized by Google

als sofern man von dem häufigeren Falle dabei ausging, daß der Mann es erworben hatte [1]), und vielleicht auch sofern man den Gesichtspunkt festhielt, daß in vielen Fällen die Sitte die Verwaltung der Frau formell beschränkte, somit die des Mannes ausdehnte. Uebrigens darf man aus den Schlußworten des Ordels wente he dat gud erworuen heft nicht zu viel argumentiren, weil sie 1292 und 1497 fehlen, und das Argument hinsichtlich der Dispositionsfähigkeit des Ehemannes doch offenbar unpassend sein würde, um diese grade darum, da er als Erwerber angesehen werde, zu beschränken. Man kann wohl richtiger räsonniren, wenn man sagt, eben weil des Mannes Recht, über die Errungenschaft zu verfügen, beschränkt wird, ungeachtet die Vorschrift ihn als Erwerber, sie als die seinige betrachtet, so setzt offenbar das Ordel die Gütergemeinschaft, und gleiche Rechte beider Ehegatten, mithin die sonstige Nichtbevorzugung des Mannes voraus.

§ 63 a.

Fortsetzung.

Das Argument Cropp's (2, 541 vgl. Harder S. 46) aus dem Ordel von 1270 IV, 2, daß daselbst nur der Wittwe, nicht der Ehefrau gedacht, mithin angenommen werde, diese besitze von ihr selbst Erworbenes nicht, verliert seine Kraft, wenn man bedenkt, daß nicht gesagt wird, sie habe es erst als Wittwe, erst nach dem Tode des Mannes erworben, und daß hier nicht die Wittwe der Ehefrau, sondern das wohlgewonnene dem Erbgut entgegengesetzt wird, also nur dieser letztere Gegensatz das Wesent-

1) Es scheint mir dieser Gesichtspunkt häufig übersehen zu sein. So in dem Argument Kraut's Vormundsch. 2, 386 über das Eigenthumsrecht des Ehemannes an der ehelichen Errungenschaft aus Magdeburger Recht, wo erbeiten sie gut auf Vater und Sohn gehen kann, unter denen eben durch die gemeinschaftliche Arbeit die Gemeinschaft entstanden ist. Auch die Stelle im Sachsenspiegel geht von der Voraussetzung aus, daß der Mann die Arbeit, die Aussaat ꝛc. gethan hat, und von andern Früchten, als solchen, die Folgen seiner Arbeit und Aussaat sind, ist nicht die Rede. Diese Argumente beweisen somit nichts gegen die weiter von Kraut S. 387 ff. im Widerspruch mit Cropp Abh. 2, 446 Anm. 30 begründete Ansicht, wonach auch die Frau an der Errungenschaft Antheil hat.

Digitized by Google

liche ist. Ueber wohlgewonnenes Gut, welches sie entweder bei Lebzeiten ihres Mannes mit ihm oder etwa als Kauffrau allein oder nachher erworben hat, soll die Wittwe, soweit es fahrende Habe oder Ingedom ist (vgl. meine Vortr. 2, 2, 200), zwar ohne Erlaubniß der Erben (vgl. § 32. 33), aber nur vor dem Rath (vgl. § 103. 104) Vergabungen anordnen dürfen (s. § 71).

Sonderbar aber ist die Argumentation Cropp's (2, 542 vgl. Harder S. 60 ff.) aus dem bereits oben § 6 erwähnten Ordel IV, 4 von 1270. So wie schon 1292 F, 4 für Wittwe Frau steht, so ist überhaupt das Ordel vom weiblichen Geschlecht unbeschränkt zu verstehen, und es paßt nicht, was Cropp in der Anm. 196 sagt, da ursprünglich im Statut von 1292 die Bestimmung E, 16 (vgl. Lappenberg S. 120 Anm. und Anderson S. 281 Anm.) fehlt. Man scheint es vielmehr ursprünglich unnöthig gefunden zu haben, der Frau ein Recht der Art, was sich von selbst verstand, ausdrücklich erst zu bewilligen, zumal da die erwähnten Gegenstände mögen als von ihr selbst erworben oder wenigstens mit erworben angesehen worden sein, und da ihr es ebenso, zu frommen Gaben zu verwenden, wie dem Manne (vgl. auch 1270 III, 10, 2) unbedenklich gestattet war.

Das Argument aus dem Ordel von 1270 III, 10[1]) (Cropp 2, 542 ff.) scheint unhaltbar oder doch unwirksam. Wir wollen hier nicht auf die Warnung zurückkommen, nicht von dem Theilungsprincip auf die Verhältnisse einer Gemeinschaft zurückzuschließen. Die Gleichstellung zwischen Mann und Frau sowohl in Hinsicht auf die Theilung als in Beziehung auf die Vergabungen durch Gott läßt sich gar nicht wegläugnen. Wenn Cropp hier eine mangelhafte Redaktion annimmt, so ist das reine Willkühr. Denn wenn er sich auf das Lübische Recht beruft, wonach der überlebende Mann das halbe Einbringen der Frau ihren Verwandten restituiren soll, so ist das eben eine specielle Lübische Bestimmung Cod. Hach. I, 9. II, 21. III, 127, welche nicht die Kraft gehabt hat, zu verhindern, daß diejenigen Lübischen Handschriften, welche das Hamburgische Recht aufnahmen, neben derselben unser Ordel von III, 10 buchstäblich beibehalten haben III, 278, wogegen das Princip dieses Ordels von 1270 trotz der Abänderung in

1) S. über dies Ordel oben § 59. 60.

Digitized by Google

den Theilungsraten auch 1292 und 1497 sich erhalten hat, was wohl genügend das Willkührliche der Croppschen Redaktionsrüge darthut. Ich weiß übrigens nicht, was seine Anm. 199 soll, wo er das Argument gegen ihn aus den verwandten Rechten, von denen er nur das Stader und das neuere hiesige Statut namhaft macht, ganz generell damit abwehrt, daß diese seiner Meinung nach nicht zur Erörterung dienen können. Grade gegen ihn beweist z. B. Stad. II, 9 (Puf. app. I p. 181) um so mehr, da es bei einer etwas abweichenden Fassung just sehr bestimmt das Princip bestätigt, daß der Mann mit den Erben seiner Frau zu gleichen Theilen gehen soll. Vgl. Rig. 36 und Cod. Lub. Hach. III, 278 und oben § 59. Auch Lappenberg R. A. Einl. p. XLVI. XLVII findet hier das Princip der ehelichen Gütergemeinschaft anerkannt.

§ 63 b.

Fortsetzung.

Indem ich die ferneren Argumentationen Cropp's für seine Hypothese aus unseren älteren Ordelen von 1270 III, 15. 17. 1497 K, 2. 5. 6 ꝛc. (2, 544 ff.) hier darum übergehe, weil meine bisherigen Erörterungen ohne Weiteres zu ihrer Erledigung genügen, oder doch das Geschrobene jener Argumentationen erkennen lassen werden, bleibe ich noch zum Beschlusse bei einem Räsonnement stehen (2, 514), welches mir übrigens ebenso hinfällig erscheint, als die früheren. Er meint, die Vermögensrechte unter den Eheleuten während der Ehe wären selbst dann nicht der Substanz nach gemeinschaftlich, wenn auch ein Kind aus derselben vorhanden ist, da selbst dann getrennt von der Succession in das Gut des Vaters und in das Gut der Mutter geredet werde, 1270 III, 3. IV, 6, und da bei unabgetheilten Kindern mehrerer Ehen die Kinder jeder Ehe das von ihrem besondern Parens inferirte Vermögen zum Voraus erhalten, und nur bei den ihrem gemeinschaftlichen Parens gehörigen Gütern concurriren, 1270 III, 15. 17.

Das Letztere dieser beiden Argumente kann sofort erledigt werden, weil es bereits (§ 58) gewürdigt wurde. Es ist die Beurtheilung der Rechtsverhältnisse einer Gemeinschaft nach dem Ableben eines Interessenten nicht von der rechtlichen Beschaffenheit

Digitized by Google

dieser Verhältnisse während des Bestehens der Gemeinschaft abhängig. Das Gesetz oder der Gebrauch, die Sitte, kann von ganz anderen Motiven geleitet werden, je nachdem es darauf ankommt, die Rechte der Genossen zu der einen oder zu der andern Zeit zu bestimmen. Wir haben diese Motive für die Zeit der Ehe (§ 44 ff.) nachgewiesen, und wenn es gleich nach den Erörterungen in meinen Vorträgen 2, 2, 256 ff. für uns nichts Auffallendes haben würde, falls sich in der Auseinandersetzungsart unter den Theilnehmern der ehelichen Gütergemeinschaft in Todesfällen ganz oder theilweise etwas Willkührliches auswiese, so läßt es sich doch nicht wohl verkennen, daß auch dieser Auseinandersetzungsart eine gewisse Billigkeit, ein praktischer Takt nicht abgesprochen werden kann. Wiederholt muß dabei darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Ordele 15 und 17 das Ordel 16 über Gemeinschaften überhaupt zwischen sich haben, aus dessen von mir gegebener Erörterung (vgl. Vortr. 2, 2, 258) so viel hervorgeht, es haben unsere Vorfahren für dergleichen Gemeinschaften ein festes allgemeines Theilungsprincip überhaupt nicht gehabt, und vielmehr hier Gewinn und Verlust allen Interessenten ohne Unterschied zugebilligt, sie mochten nun viel oder wenig in die Gemeinschaft eingeschossen haben, oder für sie thätig und nützlich gewesen sein.

§ 64.

Fortsetzung.

Was das erstere der eben (§ 63 b) erwähnten beiden Argumente anbetrifft, so findet sich 1270 III, 3 für den Fall, daß nach beerbter Ehe der überlebende Ehegatte zur zweiten Ehe schreitet, und die Kinder seiner ersten Ehe ganz abtheilt, die zweite Ehe aber ebenfalls beerbt ist, vorgeschrieben, es sollen, nach dem Ableben der beiden Ehegatten dieser zweiten Ehe, die Kinder erster Ehe mit ihrem Theile besitzen bleiben, d. h. bei dem Nachlasse der Ehegatten nicht concurriren, vnde de lateren kindere scholen hebben al dat andere gud eres vaders vnde erer moder. Ebenso in den verwandten Statuten Stad. II, 3 (Puf. I app. p. 179) Rig. 29 (Puf. III app. p. 234) Lub. Hach. III, 271, vgl. 1292 E, 3. 1497 J, 8. Ebenso heißt es 1270 IV, 6 für den Fall abgetheilter Kinder, vnde so we in den weren blift, de schal hebben al dat andere gud,

Digitized by Google

dat dar bovene is, *sines vaders vnde siner moder.* Ebenso in den verwandten Statuten Stad. III, 6 (Puf. I app. p. 187) Rig. 49 (Puf. III app. p. 240) Lub. Hach. III, 286. Nur zwei schlechte Handschriften lesen ofte statt vnde, was auch ohnehin eine für unseren Zweck unerhebliche Variante ist.

Man möchte fragen, wie der Ausdruck anders hätte lauten sollen, um zu bezeichnen, daß hier von dem gemeinsamen Gute der Eltern die Rede ist, und daß Sondergüter oder s. g. Einhandsgüter nicht angenommen werden? Es heißt im Singular gud, der Ausdruck wird nicht einmal bei einem jeden einzelnen der Eltern wiederholt. Was aber wichtiger ist, der Grund, warum die nicht abgetheilten Kinder das Gut ausschließlich erben sollen, wird darin gesetzt, daß sie in den weren geblieben sind. Darin, nicht etwa in dem äusseren Umstande, daß die Frau in dem Mundium des Mannes steht, ist eben die Gemeinschaft zunächst begründet, in der das Gut der beiden Ehegatten als ein Ganzes zusammengehalten wird. Wenn aus der Gemeinschaft, welche zwischen Eltern und Kindern in der Wehre besteht, die ersteren durch Absterben herausscheiden, so bleiben die Kinder in der Wehre, und somit fällt auf sie das Gut. Will im Falle abgetheilter Kinder der überlebende Ehegatte mit den Kindern, de in der were sint, theilen, dat schal men delen na stad rechte, III, 4 (vgl. 1292 E, 4. 1497 J, 9). Würde man so sich ausdrücken können, wenn nicht von einer wahren Gütergemeinschaft die Rede wäre, wo eine wirkliche Theilung denkbar, also ein Ganzes vorhanden ist, und wenn nicht das Verhältniß der Gewehr hier zunächst in Betracht käme, um die Berechtigung einer Theilnahme an der Gütergemeinschaft zu bestimmen? In dem Ordel 1270 III, 2, wo, wie wir (§ 62) gesehen haben, der Fall einiger abgetheilter Kinder erörtert wird, und zwar in der Art, daß eins derselben ane eruen stirbt, soll sein Gut an den überlebenden Ehegatten und an die nicht abgetheilten Kinder fallen. Also selbst hier wirkt die zwischen diesen Letzteren wegen der Gewehr bestehende Gütergemeinschaft fort, und alle Theilnehmer dieser Gütergemeinschaft werden darum als gleichberechtigt angesehen, weil sie eben mit einander sich in einer Gemeinschaft befinden.

In Hinsicht der Ausdrucksweise kann man dem Argumente Cropp's einen andern Ausdruck entgegenhalten, der III, 5 vor-

Digitized by Google

kommt, vgl. die Parallelstellen 1292 E, 5. 1497 J, 11. Stad. II, 5 (Puf. I app. p. 180) Rig. 31 (Puf. III app. p. 234) Lub. Hach. III, 273. Wenn Eheleute aus zweien Ehen Kinder haben, vnde ere gud to samene is vngedeelet: stirbt dann ein Ehegatte, de schult schal men van deme menen gude gelden mark marke gelike. Ebenso heißt es III, 15 und 17: De schult schal men io touoren gelden van deme menen vnde ganzen gude, und Cropp 2, 478 hat selbst nachgewiesen, daß dieser Ausdruck von allen in der Ehe vorhandenen Gütern zu verstehen sei. Wenn er nun S. 515 meint, dies könne nur eine äussere Gemeinschaft bezeichnen, so ist solches doch gewiß um so mehr eine ganz willkührliche Auslegung, da das Gut nicht blos als gemein, sondern ausdrücklich auch als ganz bezeichnet wird, so wie in dem nur im Bremerschen Codex befindlichen Ordel III, 12 b auch von Kindern gesagt wird, de sitten in sameden gode, und da ganz offenbar, wie dies das io touoren bezeichnet, grade vor jeder Trennung der Güter ihr Verhältniß als ein gemeinschaftliches, als ein Ganzes aufgefaßt wird, und zwar ohne irgend eine Rücksicht auf das Mundium des Ehemannes zu nehmen. Selbst in der Vorschrift, die Schulden vorher aus der Gemeinschaft zu berichtigen, liegt eine Unterstützung diesseitiger Ansicht von dem ehelichen Güterrechte, wenn man nur nicht in das Ordel willkührlich und eigenmächtig mit Cropp S. 476 (in den Worten „der Mann") hineinlegt, daß nur von den Schulden des Mannes die Rede sei. Davon sagt das Ordel nichts, und man kann es als einen bisher übersehenen Umstand bezeichnen, daß das Ordel von den Schulden redet, also von den Schulden beider Eheleute, da man keinen Grund hat, den Ausdruck de schult irgend zu beschränken. Die Ausdrucksweise ist davon abweichend, wenn VI, 7 ein Mann sein Ding berichten will, dann soll er sine schult zuerst bezahlen, ehe er zu frommen Zwecken so viel geben darf, als er will van sinem wunnen gude. Der Ausdruck wird hier aber nicht ausschließlich genommen, er wird nur darum gebraucht, weil nur von dem Manne die Rede ist, an ihn also zunächst gedacht wird. Es würde doch gewiß kein exegetischer Grund berechtigen, zu räsonniren, weil das Ordel nur von seiner Schuld rede, so habe er sich um die von seiner Frau contrahirten Schulden nicht zu bekümmern. Daß vielmehr das Ordel nur den

Digitized by Google

Fall im Auge hatte, wo nur Schulden des Mannes vorhanden waren: das ergiebt die Bezeichnung Desjenigen, worüber er nicht verfügen kann, mit den Worten so wat na syneme dode over blift, oder weiterhin dat gud, worüber Theilungsregeln aufgestellt werden. Wie läßt sich hiernach eine blos äussere, durch das Mundium allein bedingte, also sofort mit dem Ableben des Mannes von selbst auseinander fallende Gemeinschaft annehmen?

§ 65.

Fortsetzung.

Neuestes Recht.

Es ist nicht der Zweck der gegenwärtigen Vorträge, die vorstehende Erörterung auch auf das Statut von 1605 zu erstrecken, und ebenfalls darin Cropp's Argumentationen S. 519 ff. im Einzelnen zu folgen. Allein im Allgemeinen hat man keinen Grund, nicht auch für die neuere Zeit diejenige Ansicht beizubehalten, die wir von dem ehelichen Güterrecht bei uns für die ältere Zeit als die richtige nachgewiesen zu haben glauben. Ohne ganz besondere Gegengründe wird man annehmen müssen, die alte Ansicht sei in ihren Grundlagen unverändert geblieben, die gleiche gegenseitige Stellung der Eheleute zu einander auch in Beziehung auf ihre Güter, die zwischen ihnen herrschende Gemeinschaft und Genossenschaft, von der ihr Vermögen sich gar nicht lostrennen läßt, ihre gleichen Berechtigungen und Verpflichtungen. Wenn im Verlauf der Zeit Römische Rechtsbegriffe von Eigenthum und Besitz, selbst der Einfluß des Dotalsystems hinzutraten, so findet sich nirgends, daß dadurch in den alten Gewehrverhältnissen der Eheleute zu einander eine Veränderung aufgekommen wäre, welche als durchgreifend oder die alte Ansicht zerstörend betrachtet werden könnte. Im Gegentheil trat man 1605 2, 5, 10 dem Römischen Dotalsystem entschieden entgegen, und zwar, wie dort gesagt wird, „zu Handhabung gemeines Nutzens, Trauens und Glaubens, und zur Beförderung der Handthierung, auch weil es hiebevor in dieser Stadt üblich also gehalten worden [1])."

1) Cropp S. 482 Anm. 102 verwirft zwar den Werth dieser Aeusserung; allein in dem letzteren Theile enthält sie, wie ich gezeigt habe, eine, von ihm verkannte, geschichtliche Wahrheit.

Digitized by Google

Grade in dieſer Vorſchrift des neuſten Statuts, die allerdings nur von den Schulden, welche der Mann während der Ehe contrahirt hat, handelt, ſcheint Cropp S. 520 ff. dieſem zufälligen, und allerdings häufiger vorkommenden Umſtande ein zu großes Gewicht beizulegen. Wäre dagegen ausdrücklich jede Dispoſition der Frau ausgeſchloſſen, ſo ließe ſich in dem Umſtande eine Bedeutung finden, die er jetzt offenbar nicht hat, zumal wenn man das Verhältniß der ſ. g. Handelsfrauen genauer betrachtet (§ 66 ff.). Die Vorſchrift 2, 5, 11, welche aus dem Receß von 1529 herübergenommen, und gegeben iſt, um die Frau gegen des Mannes Antimatrimonial-Schulden einigermaaßen zu ſchützen [2]), läßt ſich gar nicht denken, ohne die Annahme einer völligen Gütergemeinſchaft, von welcher die Vorſchrift nur als eine ſinguläre Ausnahme auftritt. Grade weil hier von den Schulden, die der Mann vor der Ehe contrahirt hatte, gehandelt wird, erklärt ſich das Uebergehen dieſer Schulden und das alleinige namentliche Hervorheben der während der Ehe gemachten Schulden in dem vorhergehenden Artikel. Wenn dagegen der Fall, daß die Ehefrau verſchuldet in die Ehe tritt, nicht eine beſondere Vorſchrift veranlaßt, und namentlich nicht hier beſonders erwähnt wird; ſo kann um ſo weniger daraus ein Argument für die Ungleichheit der Rechte der Eheleute hergeleitet werden, da 2, 11, 7 ausdrücklich der Fall bedacht, und dem Manne ſogar das Recht, nach der Hochzeit, ſelbſt im Falle abſichtlicher Täuſchung die Ehe wieder aufzuheben, abgeſprochen, ſomit ſtillſchweigend die Pflicht auferlegt wird, für dieſe Schulden mitaufzukommen. Im Gegentheil, es iſt hier ein Fall, wo er ungünſtiger geſtellt iſt, als die Frau, und wenn Cropp 2, 489 meint, der Mann ſei, wie er ſich ausdrückt, von ſeinem eigenen Vermögen die Schulden der Frau nicht gehalten zu zahlen, ſo hat er deshalb eine geſetzliche

2) Die N. Falliten-Ordnung von 1753 hat nicht, wie Cropp S. 497 meint, die Beſtimmung aufgehoben, ſondern es nothwendig gemacht, daß die Frau vor Ablauf der fünf Jahre die Vorkehrung bewirkt, daß der Mann „nicht ohne der Freunde Willen" den Hauptſtuhl ſeiner Hausfrau beſchweren kann. Uebrigens iſt auch hier ein Fall, wo das öffentliche Recht in dem Sinne, wie dieſer Ausdruck heutiges Tages ſo oft gebraucht wird, nämlich das Recht Dritter auf die Gütergemeinſchaft ſeinen Einfluß ausübt.

Digitized by Google

Beschränkung, welche dies aussprächе, nicht nachgewiesen, und Krohn's Autorität, auf die er sich bezieht, giebt keinen Ersatz dafür.

Die von Cropp 2, 497. 498 (vgl. Harder S. 54. 55) erwähnte Bestimmung unseres Concursrechts, daß, zufolge des Statuts von 1605 2, 5, 10, sobald der Mann gestorben oder entwichen, zufolge der Neuen Falliten-Ordnung Art. 28 (106. 107) er aber als leichtsinniger Fallit nicht von allen seinen Schulden befreiet, sondern dem Nachmahnungsrecht unterworfen ist, beweist nichts gegen die eheliche innere Gütergemeinschaft. Man sieht, daß nicht darum, weil der dem Nachmahnungsrecht unterworfene leichtsinnige Fallit als ein „unwürdiger Verwalter des künftigen Vermögens seiner Frau erscheint," das Gesetz in diesem Falle die Gütergemeinschaft aufhob, sondern weil aus dem Anspruch der Gläubiger wegen ihres Nachmahnungsrechtes auch für diejenigen Güter, welche die Frau nach dem Tode, nach der Entfernung oder dem leichtsinnigen Bankerott des Mannes für ihre Person erwirbt, die sonderbare Wirkung entsteht, daß diese Güter ebenfalls haften würden. Die völlige Gleichstellung der Fälle des alten Concursrechts von 1605 mit demjenigen von 1753 hinsichtlich des daselbst classificirten leichtsinnigen Falliten steht dem Räsonnement Cropp's entschieden entgegen. Hasche bestätigt die richtige, der meinigen ensprechende Ansicht der Praxis.

Auf ein anderes Argument Cropp's 2, 474, welches auch Duncker S. 227 und Kraut 2, 374 sich zugeeignet haben, wird ebenfalls ein Gewicht gelegt, das ihm gar nicht gebührt. Klefeker bezeugt 4, 118 schon von seiner Zeit, was auch noch jetzt Statt findet, daß nämlich gleich nach Vollziehung der Ehe die Güter der Frau auf des Ehemannes Namen geschrieben zu werden pflegen. Daraus wird geschlossen, daß diese Güter der Frau jetzt sofort Eigenthum des Mannes wurden, und Kraut widerspricht der Ansicht von Pauli, der nichtsdestoweniger für Lübeck annimmt, der Ehemann könne nicht als Eigenthümer dieser Immobilien angesehen werden. Mir scheint hier ein Mittelweg der allein richtige, und nur aus Vorliebe dieser Germanisten für ihre Hypothese von der Nichtexistenz einer innern Gütergemeinschaft unter Eheleuten von ihnen übersehen zu sein. Auch hier hat neben dem Römischen Eigenthumsbegriff das alte Recht der Gewehr und Germanischen Gemeinschaft seine Geltung behauptet. Beide Ehe-

Digitized by Google

leute haben unter einander ein Miteigenthum an den Gütern, dieſe mögen herrühren, von welcher Seite ſie wollen, Keiner hat hier gegen den Andern ein denſelben ausſchließendes Recht. Dritten gegenüber hat freilich der Mann, nachdem ſich im Verlauf der Zeit ſein eheliches Mundium erweitert hat, ein ſelbſtſtändiges Verfügungsrecht über die Güter erlangt; aber gleichwohl beſteht unter ihnen ſelbſt das Miteigenthumsverhältniß fort, deſſen Wirkungen und Geltendmachung nach Maaßgabe der eintretenden Ereigniſſe, Falliſſement innerhalb fünf Jahren, Todesfall des Mannes, Prodigalitäts-Erklärung, ſelbſtſtändiges Geſchäft der Ehefrau, Separation, Eheſcheidung, im Verlauf der Zeiten zum Theil vermittelſt der Legislation ſich verſchiedenartig modificirt haben.

§ 66.

Von Kauffrauen.

Man iſt über das Altgermaniſche Verhältniß der ſ. g. Kauffrauen hinſichtlich ſeines Rechtsgrundes bisher, wie es mir ſcheint, auf der unrichtigen Fährte geweſen, und dadurch zu Reſultaten gelangt, die dann wiederum auch auf die moderne Doctrin und Praxis einen ungünſtigen Einfluß ausgeübt haben. Cropp (Abh. 1, 35 Anm. 5 und 2, 438 Anm. 16) meint nämlich, der Satz, daß der Mann einer Handel treibenden Frau für ihre Schulden mithafte, beruhe auf dem Umſtande, daß der Ertrag ihres Handels als ihm mit zu Gute kommend angenommen werde[1]). So liegt auch nach Berck (über das Bremiſche Güterrecht der Ehegatten S. 251) jenem Satze die Anſicht zum Grunde, daß ihr Handel zu des gemeinſamen Haushalts Vortheile, und ſomit zu des Mannes eigenem Beſten mitbetrieben werde. Kraut (Vormundſchaft 2, 325) hält den Grund politiſcher Natur: Beförderung des Handelsverkehrs ſei damit beabſichtigt worden.

Dieſe Anſichten haben zunächſt das Bedenken beide gegen ſich, daß der Grund des Privilegiums der Kauffrauen viel weiter geht, als beabſichtigt wird. Wenn der Vortheil des gemeinſchaftlichen Haushalts und damit des Mannes ſelbſt den Ausſchlag gegeben hätte, ſo ſieht man nicht ein, warum nicht viel mehr eingeräumt, und überhaupt Alles den Frauen geſtattet iſt zu

1) Auch Pauli 2, 56 ff. ſcheint dieſer Anſicht beizupflichten.

Digitized by Google

thun, was zu demselben Zweck führt. Wenn der Handel dadurch hat befördert werden sollen, so hätte den Frauen eine noch viel größere Selbstständigkeit zugestanden werden müssen, abgesehen davon, daß es etwas wunderlich für unsere Begriffe von der Handelswelt herauskommt, den Frauen eine so große Wichtigkeit auch darin beizulegen.

Aber jenen Ansichten steht auch noch der Umstand im Wege, daß sich für sie in den Rechtsquellen, die hier in Betracht kommen, auch nicht die entfernteste Andeutung oder auch nur ein einigermaaßen zuverlässiger Anhalt findet. Sie sind mithin reine Conjecturen.

Ferner entstehen durch sie statt der Aufklärung über die einzelnen Bestimmungen der alten Rechte nur neue unauflösliche Schwierigkeiten. Namentlich gilt dies von unseren Statuten, die erst 1605 von Kauffrauen handeln, und in dem Ordel von 1270 IX, 13, 3 (vgl. § 48 und 55) ganz allgemein sagen, die Frau solle nichts kaufen ohne ihren rechten Vormund, wofür der Mann aufzukommen hätte, und doch hinzufügen, was sie ohne Vormund kauft, das darf sie auch wieder verkaufen ohne ihn, vnde it schal stede wesen. So 1292 M, 10 und 1497 L, 6, so in den verwandten Statuten von Lübeck, Stade und Riga (s. meine Vortr. 2, 1, 81 a. E.).

Es heißt hier nicht etwa, wie im Lübischen Recht Cod. Hach. I, 21. II, 96. III, 134, es gelte das nur von den Frauen, de kopschat hebben, oder quae solent emere et vendere, und sie müßten haften. Unser altes Ordel ist sowohl in Hinsicht des Subjects als wegen der Haftpflicht ganz generell gefaßt, und dürfte damit zugleich ein höheres Alter und die gewissere Vermuthung der Ursprünglichkeit in Anspruch nehmen. Warum wird aber die Bestimmung so gefaßt, hier wie dort, wenn man dabei von der Voraussetzung ausgegangen wäre, der Mann habe seinen Vortheil von dem Geschäfte der Frau gehabt, oder der Handelsverkehr habe dergleichen erheischt? Nicht etwa dasjenige Geschäft, wo der Mann Vortheil gehabt, sei gültig; sondern allgemein, was die Frau gekauft, gleichviel, ob sie oder er oder keiner von beiden Ehegatten Vortheil, oder selbst ob Einer oder der Andere Schaden dabei gehabt, — sie kann es rechtsbeständig verkaufen, und es soll gelten. Das will doch gewiß sagen, beide

Digitized by Google

Eheleute sollen dafür aufkommen. Es wäre eine wunderliche Art, den Verkehr zu befördern, wenn man den Weibern gestattet hätte, was sie einmal gekauft, wieder zu verkaufen. Das Unpraktische einer solchen Auffassung läßt sich am Einfachsten daran erkennen, daß es zu unserer Zeit Niemandem, selbst in Städten, wo die weibliche Stellung viel unabhängiger ist, als bei uns jetzt, und bei dem lebhaften Handelsverkehr unserer Zeit einfällt, dem weiblichen Geschlecht eine solche Freiheit darum zuzugestehen, um diesen Verkehr zu befördern.

§ 67.

Fortsetzung.

Der Grund muß also anderswo gesucht werden. Er dürfte auch in der That weniger an der Oberfläche liegen. Man hat neuerdings überhaupt die Stellung des weiblichen Geschlechts in den Städten im dreizehnten Jahrhundert verkannt. Die Frau[1]), welche, sei es durch Heirath oder eigenes Geschäft, selbstständig geworden war, genoß ohne Weiteres eine so große Unabhängigkeit, als es irgend mit der sonstigen Landessitte, die von gerichtlichen Handlungen sie entfernt hielt, verträglich war. Schon ihr Wille, die Thatsache, daß sie Handel trieb, und damit ihren Willen hinreichend manifestirt hatte, war hinreichend, sie zum Handelsbetriebe zu berechtigen. Auch hier machten sich in anderer Form Selbsthülfe und die Gewalt des Willens geltend, der jene Zeit eine viel weitere Sphäre anwies, als man es, durch Römische Begriffe beengt, einzuräumen geneigt ist[2]). Am wenigsten verfiel man darauf, die Ehefrau hier zu beschränken, bei der es nicht bezweifelt werden konnte, daß sie dem ehelichen Verhältnisse gemäß das Beste der ehelichen Gemeinschaft ebenso gut zu befördern wissen und im Auge behalten werde, als der Mann. Man beschränkte ja nicht etwa aus Mistrauen gegen die geistigen Fähigkeiten des weiblichen Geschlechts dasselbe, sondern nahm es nur dann in Schutz,

1) Ohne Unterschied, ob es eine Ehefrau, eine Wittwe, oder ein unverehelichtes Frauenzimmer war. Auf die ersteren Beiden erstreckt auch Pauli Abh. 2, 56 Anm. 50 das Lübische Recht der Kauffrauen. Aber man hat keine Ursache, Unverheirathete auszuschließen. Vgl. Harder S. 59. Siehe auch oben § 6 Anm. 14.

2) Vgl. meine Vortr. 2, 1, 136 und 193 ff.

Digitized by Google

wenn es das Herkommen bei gerichtlichen Verhandlungen mit sich brachte, und selbst hier ist, wie wir gesehen haben (§ 48), bei uns und in anderen Städten die förmliche Zuziehung eines männlichen Beistandes erst allmälig in Gebrauch gekommen. Niemand dachte dagegen daran, wo eine Frau öffentliche Schritte that, und sie wiederholte, wo sie Einkäufe zu machen pflegte, die entweder für die ihrer besondern Obhut untergeordneten Zwecke des gemeinschaftlichen Haushalts dienen konnten, oder deren Folge Wiederverkauf war, sie beschränken zu können oder zu wollen. Da eben zunächst der Handelsverkehr der damaligen Zeit im Kauf und Verkauf bestand, so lag es am nächsten, ihr darin ausdrücklich freie Hand zu lassen, als Gesetz und Gerichtsgebrauch ihre Vormundschaft in festere und strengere Formen brachten. Daher namentlich unsere Vorschrift, und zwar eben in demselben Ordel, wo zuerst diese eheliche Vormundschaft allgemeiner eingeschärft wurde.

§ 68.

Fortsetzung.

Wenn man mit uns das Recht der Kauffrauen in den Städten auf die ursprüngliche größere Selbstständigkeit des weiblichen Geschlechts zurückführt, und annimmt, was sich geschichtlich bestätigt, daß man selbst, als diese gesetzlichen größeren Einschränkungen im Verlauf der Zeit unterlag, jene ursprüngliche Wirkung der alten Selbstständigkeit unangetastet ließ; so erklärt es sich, daß man es weder in Lübeck[1]) noch bei uns[2]) noch anderswo[3]), und zwar weder früher noch selbst jetzt noch für nothwendig erachtet, daß Frauen sich, etwa gar mit Zuziehung ihres Vormundes, förmlich für Kauffrauen erklären (einzeugen) lassen, sondern daß zu allen Zeiten die einfache Thatsache genügt, wenn die Frau Handel treibt, Geschäfte zu machen pflegt.

Dahingegen muß eine solche Auffassung, wie die von Kraut (2, 418), als ob sich auf das von der Frau ohne Mann Gekaufte seine sonst exclusive Herrschaft gar nicht erstreckt habe,

1) Vgl. Mevius ad ius Lubec. III, 6, 21 num. 31—36. Cropp Abh. 1, 31 ff. Pauli Abh. 2, 57 Anm. 50.

2) Archiv d. Handelsr. 1, 178 ff.

3) Pauli a. a. O. Anm. 51.

Digitized by Google

und sie es daher ohne seine Einwilligung wieder habe verkaufen können, als ganz verwerflich angesehen werden. Mann und Frau sind so gut Genossen, wie die 1270 III, 16 genannten Personen. Es mußte also auch bei ihrer Gemeinschaft das Princip gelten, wynnet se wat, dat is erer aller vrome, vnde vorleset se wat, dat is erer aller schade. Es hatte der Dritte nicht etwa die Pflicht, erst zu untersuchen, ehe er sich auf einen Handel mit einer Ehefrau einließ, ob der Mann auch damit einverstanden sei. Er konnte sich darauf verlassen, es würde dieser seine Maaßregeln getroffen haben, oder haben treffen müssen, wenn er mit dem Geschäft seiner Frau nicht einverstanden gewesen wäre. Aber freilich war der Gläubiger in den persönlichen Executionsmitteln gegen die Frau beschränkter, als wenn der Mann selbst sich verpflichtet hatte. Er konnte sie nicht zum Personalarrest bringen, sondern ihr nur das Oberkleid abnehmen. Allein wenn es sich ergab, daß sie den gekauften Gegenstand wieder verkauft hatte, daß er somit ein Gegenstand des Handelsverkehrs, eine Waare, geworden war, so blieb das Geschäft stede, es mochte bei demselben für die Ehegatten Gewinn oder Verlust Statt haben, der Eins wie das Andere Beide gemeinschaftlich traf.

§ 69.

Fortsetzung.

Die Bestimmungen anderer Statute[1]), welche das Recht der Kauffrauen genauer beschränken, wie unser Statut, dürften meistentheils jüngeren Ursprungs sein, aber sich aus demselben Princip der größeren Selbstständigkeit des weiblichen Geschlechts in den Städten entwickelt haben. Man mußte es bald als nothwendig erkennen, nicht blos bei einzelnen Einkäufen und Verkäufen, sondern erst wenn eine Gewohnheit der Frau, Kaufschatz zu treiben, sich nachweisen ließ, diesen Geschäften der Frau ohne Zuziehung des Mannes auch Einfluß auf das gemeinschaftliche Vermögen einzuräumen, besonders als und wo die weibliche Vormundschaft in strengere Gränzen gezogen wurde. So ist wohl das Lübische Recht anzusehen. Man mußte bald darauf verfallen, das Princip

1) Vgl. das Lübische Recht in den § 66 allegirten Stellen, und Kraut 2, 574 Anm. 3 und 578. 579.

Digitized by Google

der Oeffentlichkeit heranzuziehen, und besonders da jenen Satz anzuerkennen, wo die Frau emit et vendit manifeste, wie es in dem Freiheitsbrief der Schweizer Stadt Burgdorf heißt, oder wo sie marchande publique ist, wie die coutumes de Bourgogne [2]) sagen. Zuletzt und am Allgemeinsten hat sich die Ansicht der Augsburger Statuten verbreitet, daß die Frau offenen Kram und Laden halten muß, wenn ihre Geschäfte so verbindlich sein sollen, wo denn freilich durch den Wortlaut dieser Beschränkung der Großhandel ausgeschlossen zu werden scheint, ohne daß man hierfür einen andern Grund finden kann, als weil das Detailgeschäft ursprünglich das Gewöhnlichere und Gebräuchlichere für das weibliche Geschlecht gewesen sein mag. Aus dieser blos temporären Auffassung ist unser neustes Statut 2, 8, 1 hervorgegangen, wobei es auffallen muß, daß die Nürnberger Reformation von 1564 28, 6 hier nicht einmal dem Princip nach, geschweige denn wörtlich benutzt worden ist [3]).

Hält man den hier über den Ursprung dieser Bestimmungen wegen Handelsfrauen entwickelten Gesichtspunkt fest, so erlangen manche Controversen eine richtigere und zuverlässigere Lösung.

So hat man darüber gestritten, ob der Begriff einer Kauffrau Handel auf eigene Rechnung oder mit einem Dritten erfordere, oder ob es genüge, daß sie das Geschäft als Gehülfin ihres Mannes betreibe. Für das Erstere sprechen die meisten Autoritäten [4]). Aber mit Recht bestreitet Kraut S. 580 ff. Cropp's Ansicht, als an sich unhaltbar und unpraktisch, und behauptet, daß, wo eine eheliche Gütergemeinschaft besteht, und es ist dies meines Erachtens ja für unser Recht unzweifelhaft, es nur darauf ankomme, ob die Frau mit ihrem Ehemanne gemeinschaftlich Handelsgeschäfte factisch betreibt, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit und den Umfang dieser ihrer Thätigkeit, sei es, daß sie an der Buchführung Theil nimmt, Wechsel unterzeichnet ꝛc. Es versteht sich übrigens bei uns von selbst, daß die hiesige Verordnung

2) S. bei Pauli 2, 57 Anm. 51.

3) S. auch Gries 1, 18. 19, der ohne Weiteres in den Worten unseres neusten Statuts die Ausdehnung der Vorschrift auf den Großhandel findet, während wohl nur die logische Interpretation, die Analogie, zu diesem Resultate hinführt.

4) Vgl. die Allegate bei Kraut 2, 580 Anm. 10.

Digitized by Google

über das Firmen- und Procurenwesen vom 28. December 1835 (N. And. 14, 307 ff.) auch hier ihren Einfluß behält.

Eine andere Controverse, die Kraut 2, 584 ff. erörtert, muß nur auf ihren gehörigen Standpunkt gebracht werden, und erledigt sich dann von selbst. Es ist nämlich auch für unsere Zeit darüber gestritten, in wie fern die Zuziehung eines männlichen Rechtsbeistandes bei dem Anfange einer Handlung für ein Frauenzimmer überhaupt oder für die Fortsetzung derselben nach Beginn einer Ehe erforderlich ist. Wenn man bei dieser Frage die Entstehung des Rechts der Kauffrauen in Anschlag bringt, so muß man einen männlichen Beistand ebenso sehr für diese Abschnitte als für den weiteren Verlauf ihrer Geschäftsthätigkeit überflüssig erachten, und darf sich daher auch nicht wundern, daß diese Ansicht in der Praxis am meisten verbreitet ist (§ 68 i. A.).

§ 70.

Herr Doctor Reimarus und das älteste Resignationenbuch.

Die Prüfung der Ansicht des Herrn Dr. Reimarus, von welchem bereits (§ 49) berichtet wurde, daß auch er sich gegen die Annahme einer hiesigen rechtlich bestehenden substantiellen oder inneren ehelichen Gütergemeinschaft entschieden hat, ist absichtlich bis zum Schlusse dieser Darstellung ausgesetzt worden, weil sie, als sich auf das älteste Resignationenbuch im Wesentlichen stützend, am Bedeutendsten erscheint, dann aber auch weil grade durch die Beleuchtung seiner Argumente die diesseitige Ansicht eine ganz besondere Bestätigung gewinnt. Wir werden um so umständlicher dabei verweilen müssen, je mehr einzelne Beispiele zu zergliedern sein werden, und je mehr dadurch das älteste Resignationenbuch auch von dieser Seite eine Interpretation erlangt, der es sehr bedarf, um recht nutzbar ausgebeutet werden zu können.

Herr Dr. R. nimmt an (Zeitschr. d. Vereins 1, 3, 442. 443), daß zwischen Eheleuten in Hamburg niemals eine gesetzliche Gütergemeinschaft in der erwähnten Bedeutung Statt gefunden habe, und daß, falls im gedachten Resignationenbuch Dispositionen vorkommen, wo Eheleute sich gegenseitig alle ihre Güter resigniren, dies nicht blos eine gegenseitige Vergabung auf den Todesfall gewesen, aus welcher wahrscheinlich das gegenwärtige wechselseitige Testament entsprungen, sondern zugleich auch die Stiftung einer

Digitized by Google

vertragsmäßigen Gütergemeinschaft unter Lebenden. Er will die beiden frühesten Resignationen dieser Art auf einen bloßen Nießbrauch beziehen, mit welcher Aeusserung er offenbar nicht ein solches Verhältniß bei dem Leben beider Ehegatten, sondern nur einen Nießbrauch des Ueberlebenden nach dem Tode des Zuerststerbenden gemeint haben kann, da die fraglichen beiden Resignationen ganz bestimmt sagen, ut, quicumque superuixerit, eisdem bonis libere perfruatur.

Allein jene Annahme einer vertragsmäßigen Gütergemeinschaft wird durch keine dieser Resignationen bestätigt. Die meisten dieser 25 Fälle [1]) sind so bestimmt auf den Tod gestellt, daß sich ihnen gar keine Einwirkung auf das Verhältniß unter den Eheleuten während der Ehe beimessen läßt [2]). Dahin rechne ich auch die Resig-

1) Lib. resign. p. 1, 24. 2, 3. 2, 6. 11, 4. 16, 11. 16, 29. 24, 15. 26, 9. 27, 12. 30, 2. 32, 3. 36, 19. 37, 4. 37, 14. 42, 13. 46, 3. 51, 1. 51, 20. 55, 7. 57, 13. 59, 18. 125, 1. 137, 1. 161, 15. 177, 21. Es ist zu erwähnen, daß die Fälle vom Jahre 1262 an sich auf vier beschränken.

2) Weniger Gewicht möchte auf den Ausdruck dare gelegt werden dürfen. Es ist wahr, dare wird häufig gebraucht wie geuen und gift im Statut von 1270 I, 8. 12. III, 9. IV Aufschr. IV, 2. 4. VI, 7. XII, 5, 3, wie im Lüb. Recht Cod. Hach. II, 31. 32. III, 141 (vgl. Hach über Verfügungen auf den Todesfall S. 9 und Pauli 3, 374) von letztwilligen Vergabungen, und ist dann unterschieden von deelen und deeling I, 12. III Aufschr. IV, 7. So im lib. resign. p. 1, 2. 5. 2, 4. 6. 16, 29. 24, 15. 27, 12. 30. 2. 37, 4. 49, 16. 106, 18. 125, 5. 137, 4. Wenn in einigen andern Stellen unseres Resignationenbuches für dare resignare steht, so läßt es sich nicht annehmen bei solchen Geschäften unter Eheleuten auf den Todesfall, daß darunter ein anderes Rechtsgeschäft mit andern rechtlichen Wirkungen sollte zu verstehen gewesen sein, sondern man erkennt hier eben wieder die Willkühr der Schreiber, die mit dem Ausdruck wechselten, ohne darum in der Sache selbst einen Unterschied zu bezwecken (vgl. meine Vortr. 2, 2, 245), wie denn p. 99, 15 resignare und dare zusammengebraucht sind. Allein das dare kommt auch für Mitgift vor p. 141, 7. 150, 25, ferner bei einem Sohne zum Etablissement geben p. 142, 4, und utgeuen für abtheilen hat auch das älteste Statut III, 4. 15. IV, 6. Somit wird es zweifelhaft, ob dare in folgenden Fällen eine letztwillige Verfügung bezeichnet: p. 12, 14 (vgl. freilich mit 21, 12). 13, 22. 19, 6. 25, 1. 8. 67, 18. 94, 9. 128, 1.

Digitized by Google

nationen, wo es heißt: N. et uxor eius resignaverunt mutuo bona inter se, qui diutius superuixerit, omnia bona solus obtinebit. Es lassen sich die beiden Bestimmungen nicht wohl so von einander getrennt auffassen, daß die erste sich auf das Verhältniß während der Ehe, die andere auf dasjenige nach dem Tode des Erstverstorbenen sich bezöge. Auch möchte wohl die Frage aufzuwerfen sein, was konnte eine solche Resignation ihrer Güter, falls sie die Ansprüche während der Ehe betraf, für einen besondern rechtlichen Effect gehabt haben, da nicht blos die Ehefrau, sondern auch der Ehemann seine Güter resignirt, ihr also das Recht der Gewehr daran überträgt (vgl. Vortr. 2, 2, 242), welches sie durch die Ehe schon ohnehin gegenseitig an ihren Gütern hatten (§ 54), auch durch eine solche Resignation wohl nicht die Pflichten, die dem Manne das Mundium auflegte, oder die Rechte, die ihm als Genossen zustanden, getroffen werden sollten? Man darf daher gewiß noch weiter gehen, und selbst die drei Resignationen p. 36, 19. 37, 14 und 42, 13, welche auffallender Weise alle in den Jahren 1259 und 1260 vorkommen, und insgesammt einfach lauten: die Eheleute N. resignaverunt bona sua mutuo inter se, nur von gegenseitigen letztwilligen Vergabungen nehmen, so daß man es als sich von selbst verstehend angesehen zu haben scheint, Resignationen der Art, wie allgemein sie auch gefaßt wären, könnten auf die Vermögens-Verhältnisse während der Ehe keinen Einfluß ausüben, und seien ohne Bezugnahme auf den Todesfall undenkbar.

So nehme ich p. 12, 4 auch von einer letztwilligen Vergabung, wo der Mann sich seine Hand vorbehielt [3]):

> Uxor Arnoldi Dorebant resignauit Arnoldo, viro suo, ea bona, quae habet, et quae habebit. Et Arnoldus ea bona, quae habet, ei non resignauit, nisi postea bona sua uoluntate ei uelit resignare.

Es stimmt diese Resignation meines Erachtens im Effekt vollkommen mit derjenigen p. 164, 27 überein:

> Domina Odilia cum tutore suo, Thiderico de Groue, resignauit marito suo, domino Johanni Pellifici, omnia

3) Vgl. aber a. M. Pauli 2, 63.

Digitized by Google

bona sua, quae insimul habent, si ipsa eo prior moriatur [4]).

Hierher gehört ferner p. 17, 9, wo Heinrich Lederbalg ſeiner Frau, domina Ratoldis, auf ſeinen Todesfall 40 Mark Silbers, die er in ſeinen Gütern hatte, vergabte und reſignirte.

Ferner finde ich eine letztwillige Vergabung p. 49, 14:

Woldericus aute portam resignavit Helewigi, mulieri suae, omnia bona sua, exceptis XX marcis denariorum, quas dedit causa Dei.

Das Legat durch Gott weiſt unwillkührlich auf eine letztwillige Verfügung hin, wie ſich deren mehrere finden.

Beſonders iſt auch p. 57, 3 hierherzurechnen:

Elerus Mollendinarius resignauit mulieri suae et pueris omnia bona, intus extra, et ipsi debent soluere omnia debita sua. Item resignauit Johanni, genero suo, annuatim duos choros siliginis, uel ei dabunt (scil. uxor et pueri) L marcas denariorum, quid eorum sibi carius videtur.

Eler Müller hat überhaupt viele gerichtliche Handlungen der Art vorgenommen, und ſcheint ein Liebhaber davon geweſen zu ſein. Die erſte Beſtimmung konnte allerdings, da ſie ſich für den Todesfall von ſelbſt verſteht, ſomit überflüſſig ſein würde, auf die Vermuthung bringen, daß die Reſignation eine Verfügung unter Lebenden bezweckt. Allein die zweite Beſtimmung ſcheint es auſſer Zweifel zu ſetzen, daß die ganze Dispoſition hauptſächlich wegen dieſer getroffen worden iſt. Auch iſt es um ſo weniger gewagt, die ganze Dispoſition als eine letztwillige zu nehmen, da p. 59, 1 noch eine Willkühr deſſelben Elerus über ſeine Schleuſe und Brücke vorkommt.

---

4) Dieſe Reſignation widerſtreitet der Croppſchen Anſicht um ſo entſchiedener, da man unter omnia bona sua, quae insimul habent, gewiß nicht blos etwa die Errungenſchaft verſtehen, und die Einhandsgüter der Frau nicht ausſchließen kann, zumal weil nach jener Anſicht der Mann über die Errungenſchaft ohnehin bereits excluſives Eigenthumsrecht hat. Wie wenig Einfluß aber die Verfügung auf die ſonſtigen Vermögensverhältniſſe der Eheleute während der Ehe hatte, ergiebt ſich aus pag. 159, 4 wo derſelbe Herr Johannes Pellifer (Pelzmacher, Buntfutterer) mit ſeiner Frau Odilia eine andere ſpecielle Anordnung zu Gunſten eines Bruderſohnes über ein dimidium litus trifft.

Digitized by Google

So ist auch der Fall p. 59, 18 aufzufassen:

> Ludeco Lulle resignavit uxori suae omnia bona sua, ut ipsa eis utatur omnibus diebus vitae suae, et post mortem suam omnia debet dare causa Dei; si autem Ludeco diutius superuixerit, faciet id ipsum.

Man erkennt auch hier, daß in dem Ausdruck bona sua nicht eine Beschränkung auf die Einhandsgüter etwa des Mannes anzunehmen ist, sondern daß, wie denn Mann und Frau gleiche Rechte an allen Gütern hatten, der eine wie der andere Ehegatte sie bona sua nannte. Die Resignation beschränkte aber die Dispositionsbefugniß des Mannes auch in der Art, daß, falls er seine Frau überlebte, er nicht anders als causa Dei (dorch God 1270 III, 10. IV, 4) über die Güter letztwillig verfügen durfte.

Noch ist hier der Fall p. 161, 15 zu erwähnen, wo Eheleute ein Erbe, in welchem sie wohnen, nebst dem gegenüberliegenden Kornspeicher dem Heil. Geist Hospitale, damals der reichsten hiesigen milden Stiftung (vgl. Reimarus S. 457), resigniren, aber den lebenswierigen Besitz vorbehalten, was also offenbar, da die Resignation das Recht der Gewehr umfaßt, sie sich aber diese vorbehalten (possessio kann damals nicht wohl den Römischen Besitz bezeichnet haben), beweist, daß die Resignation auf Todesfälle berechnet war, wie auch der Zusatz bestätigt: falls sie sich selbst in das Hospital begeben (ipsis domum intrantibus).

Pag. 126, 23 resignirt Jemand, wie es scheint, seiner Frau ein Haus. Man kann diesen Fall freilich von getrennten Gütern unter Eheleuten verstehen, aber theils auch nach den bisherigen Beispielen ebensowohl von einer Verfügung auf den Todesfall, theils auch von einem Brautschatz, den der Vater seinem Schwiegersohn und dessen Ehefrau (sua, wie häufig, für eius), theils endlich selbst, da gener für Schwager vorkommt (p. 91, 4. 101, 16. 140, 23. 146, 14), von einer Auseinandersetzung zwischen Bruder und Schwester. Von diesen Möglichkeiten würde mir am wenigsten die erste zusagen, da ein getrenntes Verhältniß von einer solchen Art zwischen Eheleuten im Resignationenbuch sonst beispiellos ist, und ohnehin die Resignation nicht etwa allein an die eigene Ehefrau, sondern auch an den Schwiegersohn, ohne die Annahme einer gänzlichen Auseinandersetzung für den Todesfall, etwas Befremdliches hat.

Digitized by Google

So verstehe ich auch den Fall p. 159, 24, wo Jemand seiner domina Margareta ein Haus resignirt, nebst drei Wänden nach Westen, mit der Clausel, daß, wenn beide Häuser verbrennen, die Plätze so bleiben müssen, wie sie jetzt sind, — von einer Vergabung auf den Todesfall.

§ 71.

Fortsetzung.

Altdeutsche letztwillige Verfügungen.

Man fragt billig bei allen im vorigen § 70 erwähnten Fällen, warum und zu welchem Zwecke bedienten unsere Vorfahren sich dieser Form, welche Wirkungen wurden durch solche Resignationen beabsichtigt und erreicht?

Um diese Frage befriedigend zu beantworten, müssen nothwendig einige Präjudicial-Punkte erledigt werden.

Ich muß mich nämlich gegen die Ansichten aussprechen, als ob den Deutschen ursprünglich Zuwendungen von Todeswegen gänzlich fremd gewesen, wie noch Pauli 3, 156 ff. behauptet, als ob die Vergabung von Immobilien und von fahrender Habe ohne sofortige Tradition und unter Vorbehalt der Nutzung ungültig geachtet worden (wie Albrecht meint, vgl. Pauli a. a. O.), als ob, wie Beseler meint (vgl. Pauli S. 161), Verfügungen über das Leben hinaus und über das Vermögen als Nachlaß gedacht für rechtlich unmöglich angesehen worden, und endlich als ob, wie Pauli S. 163 ff. nachzuweisen sucht, später, lange aber vor der Zeit, in der das Römische Recht sich geltend gemacht, selbst da, wo der Sachsenspiegel und das Magdeburg-Hallische Recht herrschten, widerrufliche Verfügungen auf den Todesfall eingeführt gewesen.

Der Ausspruch des Tacitus nullum testamentum Germ. c. 20 hat vielmehr meines Erachtens den Sinn (s. oben § 32), daß unseren Vorfahren ursprünglich letztwillige Verfügungen ohne Rücksicht auf verwandtschaftliche und eheliche Verhältnisse unbekannt gewesen sein mögen. Hieran hinderte sie ihre ganze Auffassung dieser Verhältnisse, wie Tacitus schon sie schildert. Es liegt aber etwas Gezwungenes und Unnatürliches in der Annahme, als ob wer durch kein Verhältniß der Art gefesselt war, wer keine Familie, oder wer wohl gar ein un-

Digitized by Google

gerathenes Kind hatte, oder in Fehde mit seinen Verwandten lebte, nicht habe eine Verfügung treffen dürfen, wodurch ihnen nach seinem Tode sein Nachlaß entzogen worden wäre. Wir wissen es schon sonst (Vortr. 2, I, 139 ff.), daß bei unseren Vorfahren der Wille in ihren Beziehungen zum Sachenrecht eine unbegränzte Rücksicht fand. Um so weniger ist es denkbar, daß da, wo es galt, seine Vermögensverhältnisse nach seinem Ableben zu ordnen, dadurch Streitigkeiten vorzubeugen oder unwillkommene Eingriffe zu verhindern, diese Rücksicht ganz abgeschnitten worden wäre. Ein solches scharfes Abschneiden würde gar zu sehr nach einem doctrinären Princip schmecken, was der sonstigen damaligen Rechtsauffassung widerstrebt.

Daher finden wir denn auch bei Grimm R. A. S. 482 alte Beispiele, wo sich Römischer Einfluß nicht annehmen läßt, und wo ausser allem Zweifel letztwillige Verfügungen von unseren Germanischen Vorfahren für gültig erachtet worden sind.

Aber es kann uns dabei nicht auffallen, daß es bei solchen Verfügungen als sich von selbst verstehend angesehen worden ist, zunächst die verwandtschaftlichen und ehelichen Verhältnisse zu berücksichtigen. Daraus erklärt es sich, daß in dem Statut von 1270 die delinghe, Theilung, im III. Stücke vorangestellt, und als das eigentlich vorherrschend Uebliche genommen wird, während im IV. Stücke Gifte, Vergabungen, als die Ausnahmen von der Regel erscheinen [1]).

Daher finden sich auch mehrere Beispiele letztwilliger Vergabungen an Verwandte in unserem ältesten Resignationenbuch. So resignirt Jemand p. 174, 2 seinem Sohne omnia bona quae habet nach seinem Tode, mit Ausnahme eines Speichers, in welchem er wohnt, und mit dem er sich freien Willen vorbehält, wobei die Tochter mit deren Ehemann in der Art consentirt, quod in dictis bonis non habent postmodum aliquid impetendum.

1) Es darf hier nicht verwundern, wenn 1292 die Ueberschrift des 4. Stückes bei Anderson S. 237 van gift vnde van delinghe heißt, da die Ueberschriften einer späteren Zeit angehören, und wenn 1270 III, 9 von giffte, und IV, 7 von delinghe durch einander Ordele laufen, weil überhaupt so strenge die Anordnung nirgends beobachtet ist.

Digitized by Google

So die Vergabung p. 106, 18, wo Jemand seinem Bruder-sohn und dessen Söhnen (suis, hier, wie auch sonst [S. 305], für eius) und deren Erben ein Grundstück giebt, das sie aber nicht verkaufen noch verpfänden können, und wenn Alle sterben, so soll es cum consilio propinquorum dari pro Deo (vgl. darüber § 33 Anm. 4).

So der Fall p. 161, 26, wo eine Wittwe mit ihrem Vormunde ihrem Sohne, sodann N. und dessen Söhnen omnia bona sua post obitum suum resignirt.

So die umständliche Verfügung p. 162, 1 ff., wo Jemand den drei Söhnen seiner beiden Schwestern, Jedem 100 Mark Hamburger Silber in signum verae dilectionis contulit, unter ferneren Bestimmungen für ihr kinderloses Ableben über deren Nachlaß, welche diese eingehen.

So resignirt eine Wittwe p. 174, 25 ihrem Bruder bona quae in Widenborg dinoscitur habere unter der Form, daß, wenn der Bruder auf seiner Reise nach Riga stirbt, sie mit diesen Gütern freie Gewalt hat zu schalten und zu walten, und wenn er ohne Erben stirbt, sie die Güter erblich besitzen soll.

So resignirt Conrad p. 175, 11 alle seine Güter, wenn er auf seiner Reise stirbt[2]) dem Heinrich und Herrmann und Niemandem sonst und ihren Erben.

Ein Anderer resignirt p. 175, 19 ff. seinen Brudersöhnen ein halbes Haus, 20 Mark Silber und den vierten Theil einer Schute, genannt Salighe, und trifft über diese Gegenstände für Todesfälle allerlei Verfügungen, so wie er den vierten Theil aller seiner beweglichen und unbeweglichen Güter, ebenfalls unter gewissen Bestimmungen für Todesfälle, den Söhnen eines andern Bruders resignirt, und die Mutter derselben von der Vormundschaft ausschließt.

Dahin gehört auch der Fall p. 9, 19, wo die Frau Reynoldis ihren Söhnen ihre Güter resignirt.

Ferner die Disposition eines Vaters, wenn er auf der Reise stirbt, p. 2, 15.

---

2) Man scheint diese Dispositionen vor einer Reise (vgl. p. 2, 15 ff.) analog denen auf dem Todbette 1270 I, 12. IV, 4 ꝛc. behandelt zu haben.

Digitized by Google

Vielleicht ist auch die Resignation eines Dieners an seinen Herrn p. 3, 21 hierher zu rechnen, einerseits weil damals auch dies Verhältniß zu der Familien- und häuslichen Verbindung gestellt wurde, andererseits weil hier eine letztwillige Vergabung vorliegen dürfte, indem sonst die Erwähnung, daß sein Herr es sei, dem er resignirt, überflüssig, und es vermuthlich, wie sonst, bemerkt sein würde, wenn es ein Kauf gewesen wäre.

Ebenso sind als letztwillige Vergabungen die Fälle 3, 27 ff. und 5, 10 zu betrachten, wo freilich nicht für Verwandte, aber für milde Zwecke Dispositionen getroffen werden, ohne daß bemerkt steht, daß Verwandte gefragt oder überall vorhanden sind. Die Dispositionen im ersten Falle vor der Kreuzfahrt nach dem gelobten Lande und im zweiten, wo ein Haus dem gelobten Lande selbst geschenkt wird, werden mit conferre bezeichnet, über welchen Ausdruck s. Hach Einiges ꝛc. S. 9.

Besonders ist hier auch die letztwillige Vergabung p. 88, 11 hervorzuheben, wo zwei Brüder sich die Hälfte ihrer Güter vergaben (recognoscere), der Eine von omnia bona sua, quae habet in Hamborg in haereditate et proprietate (Erb und Eigen, was hier auch wieder die Mobilien begreift, vgl. Vortr. 2, 2, 249 Anm. 3) exceptis illis, quae accepit cum muliere sua, dagegen der Andere die Hälfte omnium bonorum suorum, ubique possidentium. Man sieht, daß die Form gegenseitiger Vergabungen nicht blos unter Eheleuten vorgekommen ist.

Endlich ist hier namentlich noch der Fall zu berühren p. 165, 21, wo ein Herr Gottschalk ein Erbe seinem Brudersohn Jordan, und dessen Schwester und deren Tochter resignirt, unter dem Ausdruck conferre cum conuentione, und desfalls vier Männer zum mundibordum erwählt (vgl. darüber Vorträge 2, 2, 191 Anm. 4 [oben § 46]).

Die sonstigen Fälle sind p. 12, 4. 21, 12. 25, 19. 29, 2, vielleicht auch 42, 6. 51, 18. 63, 3. 64, 14. 85, 8. 86, 1. 99, 15. 106, 17. 149, 20. 159, 4. 160, 4. 161, 8. 15. 167, 22. 168, 9. 17. 182, 17. 183, 18.

Wir haben hier also Fälle genug, wo Vergabungen der Art, bei denen von einer Tradition nicht die Rede gewesen sein kann, und wo mindestens der Nießbrauch stillschweigend vorbehalten

Digitized by Google

worden ist, für gültig angesehen sein müssen. Nach meinen Ermittelungen über Gewehrrecht (Vortr. 2, 2, 177 ff.) hat es auch mit dem rein Germanischen, nicht, wie namentlich im Lehnrecht, durch Römischen Beisatz entstellten Gewehrrecht nichts Unverträgliches, durch eine Resignation sich dieses Gewehrrechts in der Art zu entäussern, daß man während seines Lebens gewisse Rechte, wie namentlich das des Nießbrauchs, vorbehielt, und sein Vermögen in so weit aus der Wehr ließ (vgl. die Stellen namentlich bei Pauli S. 158 Anm. 8), daß Derjenige, dem man es resignirt, nach dem Leben des Veräusserers das Gewehrrecht daran ausüben durfte. Nimmt man dies nicht an, so würden alle Resignationen, in denen letztwillige Vergabungen sich nachweisen lassen, sinnlos sein, und so bestätigt sich hier grade wiederum die Richtigkeit meiner Ansicht vom Gewehrrecht. Die sonstige Auffassung hatte einen Beisatz von Römischen Begriffen über Eigenthum und Besitz, und daraus erzeugten sich die Bedenken Albrecht's S. 202 ff. und Pauli's 3, 158.

Hieran knüpft sich aber auch noch von selbst die Widerlegung der Hypothese, wonach die Widerruflichkeit letztwilliger Verfügungen auch vor dem Einflusse des Römischen Rechts unseren Vorfahren bekannt gewesen sein soll. Vielmehr war dies die einzige rechtliche Wirkung solcher letztwilliger Vergabungen, daß der Vergabende sich dadurch des Rechts begab, für seinen Todesfall anderweitige Anordnungen zu treffen. Darum wählte man eben die Form der Resignation, und es verstand sich die Unwiderruflichkeit so sehr von selbst, daß es nirgends besonders angemerkt wird. Auch in diesem Sinne ist der Ausspruch des Tacitus richtig: nullum testamentum. Der Grundsatz des Römischen Rechts, daß ein letzter Wille allemal widerruflich sei, und daß man nicht einmal rechtsgültig auf das Recht verzichten könne, von einer früheren letztwilligen Verfügung zurückzutreten, l. 22 pr. D. de legatis 3 (32), war unseren Vorfahren völlig unbekannt. Wenn Grimm R. A. S. 482 Anm. ** bemerkt, Testament könne auch eine väterliche Vertheilung bezeichnen, so läßt sich ihm nicht beipflichten, falls dies den Sinn haben soll, daß eine solche Vertheilung widerruflich gewesen, und falls überhaupt die Beispiele, die er dafür anführt, unseren Vorfahren wären Testamente selbst da bekannt gewesen, wo man Römischen Einfluß gewiß

Digitized by Google

nicht annehmen kann, beweisen sollen, daß sie das Merkmal der Widerruflichkeit gekannt haben. Davon, daß das Testament, dessen das Ordel von 1270 VI, 2 gedenkt, widerrufen werden könne, enthält selbst das Statut von 1497, wo dies Ordel Q, 1 ohne Weiteres wiederholt wird, keine Spur. Eine solche Berechtigung läßt sich auch bei der Form der Errichtung eines solchen Testamentes vor Rathmannen, die dazu von Raths wegen gesandt werden (1497 K, 1), nicht wohl annehmen. Das reciproke Testament unter Eheleuten, das zuerst 1497 K, 2 vorkommt, gedenkt, aber nur beiläufig, des Widerrufsrechtes, und es ist dies nicht die einzige Spur vom Einfluß des Römischen Rechts auf dies Statut (vgl. Vortr. 2, 2, 24 Anm. 2 a. E. 198 Anm. 2). Die eigentliche Römische Rechtslehre von der Widerruflichkeit letztwilliger Verordnungen findet sich zuerst im neuesten Statut 3, 1, 37, und zwar ist diese Vorschrift aus der Nürnberger Reformation von 1564 III, 29, 12 entlehnt.

Weil man eben diese Widerruflichkeit ursprünglich bei uns nicht kannte, so ist auch der erste Unterschied zwischen Vergabungen, welche vermittelst der Resignationen geschahen, und Testamenten nicht in der Widerruflichkeit der Letzteren zu suchen, sondern man wählte die Testamentsform nur, wenn man auf dem Todbette lag, oder so krank war, daß man die öffentliche Verlassung vorzunehmen nicht im Stande sich befand. Das Ordel von 1270 VI, 2, welches es als ein Selbstverständniß vorauszusetzen scheint, daß man „sein Testament erst dann *besetzt*," wenn man „krank ist und an seinem letzten Ende liegt," darf nicht so verstanden werden, als ob die Errichtung eines Testaments nur dem Kranken erlaubt gewesen. Wenn *Gries* 2, 128 dies behauptet, so scheint er darin ebenso sehr Unrecht zu haben, als wenn man darum, weil das Ordel nur von *en man* redet, annehmen wollte, daß nur der *Mann* diese Form habe wählen dürfen, was im offenbarsten Widerspruche mit der generellen Fassung des Ordels IV, 4 sein würde, wo grade auf dem Todbette der Frau Vergabungen allgemein gestattet werden. Eben weil die Form besonders bei Kranken zuerst Bedürfniß und daher üblich geworden, nicht aber gesetzlich auf sie beschränkt war, erklärt es sich, warum der Umstand aus den Recessen von 1485 Art. 11 und 1483 Art. 12, und aus dem Statut von 1605 3, 1, 1 ohne Weiteres weggelassen

Digitized by Google

wurde, da man im Verlauf der Zeit, und besonders seitdem im funfzehnten Jahrhunderte das Römische Recht unter dem Schutze der Reichsgesetzgebung anfing seinen Einfluß noch mehr geltend zu machen, als früher, der Form des Testaments vor den Resignations-Vergabungen den Vorzug zu geben begann. Es ist zu wünschen, daß wir mit den Resignationen nach dem ältesten liber resignationum bis zum sechzehnten Jahrhunderte bekannt gemacht würden, weil hieraus über den Gang der Rechtspraxis auch in dieser Beziehung vielfache Belehrung geschöpft, und aus der innern Rechtsgeschichte Hamburgs, die für das Verständniß und die Auslegung unseres neuesten Rechts, so wie für eine genügende Legislation ganz unentbehrlich ist, manche Ungewißheit entfernt werden würde.

§ 72.

Fortsetzung.

Insbesondere die Vergabungen der Eheleute.

Nach der bisherigen Betrachtung kann es nicht auffallen, daß sich bei den letztwilligen Vergabungen nächst den verwandtschaftlichen besonders die ehelichen Verhältnisse geltend gemacht haben. Daher die große Zahl der Vergabungen zwischen Eheleuten auf den Todesfall, bei denen sich eben die Beschränkung auf diesen Fall so sehr von selbst verstand, daß der Umstand eben auch um deswillen nicht immer ausdrücklich hervorgehoben wurde.

Dieser allgemeine Gebrauch von Vergabungen unter Eheleuten muß wohl in einer Ansicht von dem ehelichen Verhältniß gewurzelt haben, die ihm einen größeren Einfluß, als selbst dem Recht der Familie im weiteren Sinne, wo es nur die Blutsverwandten umfaßt (§ 32), einräumte. Denn nirgends findet sich davon eine Spur, daß der Consens der Verwandten bei gegenseitigen Vergabungen unter Eheleuten erforderlich erachtet wären. Es ist aus unserem ältesten Resignationenbuche die Thatsache ausser Zweifel, daß nirgends dabei ihrer Zuziehung auch nur gedacht wird. Die Ehegatten machten ein Recht geltend, das nicht bestritten wurde, und bedienten sich der Resignationsform, um jedem etwanigen Widerspruch zu begegnen. So erklärt sich aber auch im Ordel X, 8 (vgl. darüber oben § 33) die Beschränkung des Heirathsrechts, wenn der Tod die Ehe der Eltern getrennt hatte. Eine Ehe, welche solche rechtliche Wirkungen nach

Digitized by Google

sich zog, war nicht blos wegen des vorhandenen Vermögens, sondern auch wegen anderer künftiger Aussichten für die Familie ein Ereigniß von den nachhaltigsten Folgen.

Mir ist es dabei wahrscheinlich, daß die gegenseitigen Vergabungen unter Eheleuten, wenigstens bei uns, als die frühesten Verfügungen auf den Todesfall angesehen werden müssen. In unserem ältesten Resignationenbuche erscheinen die übrigen derartigen Anordnungen nur als Versuche, die Sitte auch weiter auszudehnen. In diesem Sinne fasse ich namentlich die bereits § 71 erwähnte Resignation zweier Brüder p. 88, 11 ff. auf, eine gegenseitige Vergabung, wobei ebenfalls der Consens der Verwandten fehlt.

Aber dies würde das Institut des Erbgutrechts allmälig gänzlich untergraben haben, und so sah man sich wohl schon frühzeitig genöthigt, letztwillige Verfügungen über Erbgut wiederholt zwar für erlaubt zu erklären, dabei jedoch die Nothwendigkeit des Consenses der nächsten Erben, der sich ja eigentlich von selbst verstanden hätte, ausdrücklich einzuschärfen, und dabei sogar bestimmt auszusprechen, daß, wenn dieser vor Demjenigen, de de ghene gift, verstirbt, die Vergabung machtlos sein, daß die Vollbortung ausdrücklich, und bei Unmündigen nicht ohne Vormund geschehen soll.

Faßt man die Rechtsentwickelung nicht in diesem Zusammenhange auf, so erscheinen die Bestimmungen 1292 E, 25, welche das eben Erwähnte enthalten, und in einer viel späteren Zeit diesem Statut hinzugefügt wurden, sich aber 1497 K, 8, so wie 1603 3, 1, 10 wiederholt finden, als etwas durchaus Ueberflüssiges. Denn das Ordel von 1270 I, 12 (vgl. oben § 36) handelt auch 1292 E, 8 und selbst 1497 K, 11 nicht blos von einer Theilung[1]), sondern auch von Vergabungen. Der neuere Ursprung des Artikels 1292 E, 25 verräth sich ausser der unbeholfeneren Sprache auch noch durch die bestimmte Einschärfung,

1) Gries 2, 119 beschränkt das Ordel mit Unrecht auf eine Theilung. Er hat sich durch 1603, wo 3, 1, 11 die Vorschrift nur davon handelt, irreleiten lassen. Freilich hat auch 1270 eine, aber auch nur eine einzige Handschrift, vgl. Lappenberg S. 7 Anm. m, den Zwischensatz ofte de gift nicht.

Digitized by Google

daß dazu zwei Rathmänner, und zwar vom Rath gesandt[2]), erforderlich sind. Wenn auf diesen Artikel von Pauli 3, 171 zu Anm. 41 besonders aufmerksam gemacht, und es gerügt wird, er sei bisher wohl nicht gehörig beachtet worden: so muß man damit seine Aeusserung S. 177 zu Anm. 54 vergleichen, woraus man ersieht, daß er offenbar mit Unrecht den Artikel von Römischen Testamenten versteht, welche Annahme durch sein Räsonnement 3, 172 ff. so wenig, als mehrere der dort von ihm aufgestellten Ansichten, mindestens für Hamburg nicht, gerechtfertigt wird. Die Sache liegt jedenfalls so, daß der Artikel an sich nicht dazu berechtigt, ihn auf Römische Testamente auszudehnen oder gar zu beschränken, und daß er nach meiner obigen Rechtsentwickelung grade dann sehr gut sich an die bisherige Rechtspraxis anschließt, wenn man ihn grade nur von Vergabungen, die allein erwähnt werden, versteht.

In Beziehung auf die letztwilligen gegenseitigen Anordnungen von Ehegatten findet sich zuerst 1497 K, 2 eine Vorschrift, in der die Form eines derartigen Testaments genau vorgeschrieben wird. Das Umständliche der Vorschrift beweist die Neuheit. Dabei müßte es auffallen, wie K, 5 das alte Ordel über die reciproken Vergabungen von 1270 III, 9 (vgl. 1292 E, 9) daneben beibehalten werden konnte, wenn man nicht annimmt, damals sei diese ältere und nationelle Form die allein oder mehr gebräuchliche gewesen. Noch viel auffallender ist es aber, 1605 die beiden Vorschriften von 1497 K, 2 und 5 in den Artikeln 3, 1, 17 und 18 neben einander zu finden[3]). Mit Recht behauptet Gries 2, 184 ff., daß heut zu Tage das K, 5 erwähnte Rechtsgeschäft, die reciproke Vergabung unter Eheleuten, nicht mehr vorkommt. Aber man ersieht aus der Langenbeckischen Glosse zu diesem Artikel (Lapp. S. 272), daß schon ihr Verfasser das Geschäft

2) Vgl. die Randbemerkung des Manuscripts zu 1292 E, 2 (Lapp. S. 125 Anm. a) und Gries 2, 118.

3) Freilich noch stärker ist die Gedankenlosigkeit im Revidirten Lübischen Statut, wo sich 1, 6, 2 unser Ordel von 1270 III, 9 aus demjenigen älteren Lübischen Recht, welches unser Hamburgisches recipirt hatte, vgl. Cod. Hach. III, 277, und dabei 2, 1, 10 die Bestimmung findet, welche alle reciproke Testamente unter Eheleuten für ungültig erklärt.

Digitized by Google

nicht mehr gekannt haben muß, und daher ganz unbefangen die Vorschrift nur von Testamenten versteht, wie uns denn häufig die Wahrnehmung in dieser Glosse aufstößt, daß schon derzeit das Bewußtsein von manchen nationellen Rechtsansichten und Institutionen verloren gegangen war, und man daher bei der Exegese alter Vorschriften zum Sachsenspiegel, ja zur Glosse desselben, und dadurch unbewußt häufig zum Römischen Recht seine Zuflucht genommen hat.

§ 73.

Die Controverse zwischen Cropp und Hach.

Unmöglich kann ich diesen Gegenstand verlassen, ohne zu untersuchen, wer Recht hat zwischen Cropp Abh. 1, 44 Anm. 21 und 2, 464 Anm. 77 und Hach Einiges ꝛc. S. 8 ff., von denen der Letztere behauptet hatte, in Betreff der Vergabungen hätten die Lübischen Frauen ursprünglich fast eben so große Rechte gehabt, als die Männer, und die den Frauen in der Revision des Lübischen Stadtrechts von 1586 gemachten Beschränkungen wären nur Folgen des Misverständnisses und Verderbnisses des alten Rechts. Cropp hatte sich vorbehalten, in einer eigenen Abhandlung über Vergabungen Hach zu widerlegen, ward aber durch den Tod verhindert. So viel ist indessen wohl unbestreitbar, und zwar nach den Erörterungen von Hach a. a. O. und Pauli 3, 375 ff., daß auch das ursprüngliche Lübische Recht dem weiblichen Geschlechte Vergabungen gestattete, Cod. Hach. I, 21. II, 96. III, 134, und Beispiele von letztwilligen weiblichen Verfügungen finden sich auch in Lübeck zahlreich, Hach S. 17 ff. Pauli 2, 35 ff. 3, 184 ff. Wären nun die im Cod. Hach. III, 282 und 284 enthaltenen Bestimmungen als Beschränkungen dieser weiblichen Befugnisse zu betrachten, so würden sie aus Hamburg stammen, da sie nichts anders als die Hamburgischen Ordele von 1270 IV, 2 und 4 sind [1]). Nun aber führen alle meine bisherigen Erörterungen einmüthig dahin, daß die beiden Geschlechter in ihren Rechten bei uns, und namentlich auch in ihrem ehelichen Verhältnisse (vgl. § 6. 46 ff. 54 ff.) durchaus nicht so ungleich zu einander standen, wie man es bisher angenommen hat. Es lassen sich daher jene beiden Ordele keineswegs als Beschränkungen

1) Vgl. über IV, 4 oben § 6.

Digitized by Google

der weiblichen Rechte betrachten. Dieser Auffassung stehen die vielen Beispiele in unserem ältesten Resignationenbuche entgegen, wo weibliche Dispositionen aller Art, selbst ohne namentliche Zuziehung eines Vormunds, ebenso auch Vergabungen vorkommen. Dazu hat Pauli 3, 371 ff. noch aus den Rechten anderer, in älterer Zeit mit Lübischem Recht bewidmeter Städte den Beweis geführt, daß die angebliche Beschränkung des weiblichen Geschlechts jedenfalls erst später aufgekommen sein kann[2]). Wenn er übrigens 3, 373 Anm. 10 zu unserem Ordele von 1270 IV, 4, dessen sämmtliche Parallelen von mir oben § 6 zu Anm. 15 gesammelt sind, auch das Bremer Statut von 1303 Stat. 7 (Oelr. p. 24) allegirt, und unser Ordel als eine Beschränkung weiblicher letztwilliger Verfügungen und diese wiederum als eine Wirkung des ehelichen Mundiums betrachtet: so dürfte ihn grade hier eine Verwechselung entweder des späteren mit dem früheren, oder des einen Stadtrechts mit dem andern irregeleitet haben. Jene Bremer Vorschrift, welche blos von einer Ehefrau spricht, und auch im Verdener Statut 34 (Puf. I app. p. 89) angetroffen wird, ist ihrer ganzen Fassung nach späteren Ursprungs, als unser Ordel, und wenigstens ohne besondere, nicht erdenkliche Gründe bei der Interpretation unseres Ordels unbrauchbar.

§ 74.

Die weiteren Argumente des Herrn Dr. Reimarus (s. § 70).

Nach den bisherigen Erörterungen über die Vergabungen von Todeswegen (§ 71 ff.) wird es nicht einer umständlichen

2) Wenn Thöl in den Verhandlungen der Germanisten in Lübeck vom Sept. 1847 (S. 196 ff.) die Meinung verficht, Jungfrauen und Wittwen, in der Regel aber nicht Ehefrauen habe nach älterem Lübischem Rechte, welches darin nicht vom revidirten abgewichen, die Befugniß zu letztwilligen Verfügungen zugestanden: so kann man diese Meinung nach ihrer, durchaus nicht geschichtlichen Begründung hier wohl lediglich auf sich beruhen lassen. Vgl. oben § 6 a. E. Uebrigens hat, seitdem Vorstehendes bereits längst ausgearbeitet war, Pauli in den Neuen Lübecker Blättern 1848 Aug. 13 Num. 35 S. 292 ff. eine weitere Ausführung zur Berichtigung der Thölschen geschichtswidrigen Meinung für nöthig erachtet, welchen Aufsatz er auch in den leider jetzt eingegangenen kritischen Jahrbüchern von Schneider 1848 Heft 8 S. 759 ff. hat abdrucken lassen.

Digitized by Google

Widerlegung einer beiläufigen Bemerkung des Herrn Dr. Reimarus bedürfen, wenn er (S. 443) erwähnt, auf die vertragsmäßige Gütergemeinschaft unter Eheleuten beziehe sich noch unser neustes Statut 3, 1, 18. Es ist nach § 72 unbezweifelbar, daß dieser Artikel aus 1270 III, 9. 1292 E, 9 und 1497 K, 5 entnommen ist, wie dies auch Gries 2, 183 anerkennt, und von jenen Vergabungen von Todeswegen handelt (vgl. Gries 2, 116 ff. 184), also aus den von mir angegebenen Gründen keinen Schluß auf das Verhältniß der Ehegatten während ihrer Ehe gestattet.

Aber, meint Herr Dr. R. zu Anm. 9 ferner, wenn Eheleute häufig mit einander resignirt hätten, so werden es solche gewesen sein, die in vertragsmäßiger Gütergemeinschaft gelebt. Dagegen wird er einräumen müssen, daß dies aus keiner der neun Resignationen, auf welche er sich namentlich berufen hat, hervorgeht, daß vielmehr der beiderseitige Consens überall als ein sich von selbst verstehendes Erforderniß der Resignation erscheint, ohne daß es, ausser in ganz einzelnen Fällen, nachzuweisen wäre, daß etwa der Gegenstand der Resignation auf den Namen der Frau gestanden hätte. Man untersuche alle Fälle, wo beide Ehegatten resigniren. Es sind folgende 66:

P. 4, 22. 6, 25. 6, 28. 7, 21. 8, 22. 10, 16. 10, 26. 14, 12. 14, 22. 15, 16. 17, 4. 19, 1. 22, 1. 23, 3. 23, 13. 29, 2. 33, 1. 36, 6. 39, 12. 45, 3. 45, 19. 52, 17. 54, 3. 56, 12. 60, 18. 63, 12. 67, 22. 70, 18. 72, 1. 80, 2. 81, 17. 82, 19. 82, 21. 90, 11. 90, 17. 94, 6. 98, 1. 98, 15. 100, 5. 103, 17. 107, 2. 111, 21. 126, 4. 127, 25. 129, 16. 145, 26. 147, 20. 147, 24. 157, 3. 157, 17. 159, 4. 160, 12. 160, 25. 165, 11. 166, 24. 170, 1. 172, 14. 175, 14. 177, 12. 178, 1. 178, 27. 184, 1. 184, 5. 184, 12. 184, 27. 186, 23.

Schon die große Zahl dieser Fälle in einer damals keineswegs volkreichen Stadt während eines Zeitraums von 26 Jahren widerstrebt der Ansicht, darin Ausnahmen von einer Regel zu finden. Alle Fälle hier einzeln durchzugehen, würde uns zu weit führen. Einige Bemerkungen werden für den vorliegenden Zweck genügen. Nur in wenigen Fällen hat die Frau einen besonderen Vormund. Man scheint also in der Regel die Frau in solchen

Digitized by Google

Fällen, wo über Gegenstände der Gemeinschaft verfügt ward, als eine selbstständige Genossin ihres Mannes betrachtet zu haben. Sie wird bei einem Hausverkauf p. 6, 28 sogar vor ihrem Manne, und 15, 16 domina sua, seine Herrin, genannt (vgl. oben § 6). Wenn p. 4, 22 Heinrich und Frau Gertrudis genannt werden, als welche ein Haus an der Mühlenbrücke verkaufen, resigniren, und die Zahlung des Kaufschillings anerkennen, so ist es freilich nicht gewiß, ob dies Eheleute gewesen sind, da die Frau Gertrudis als Wittwe Erponis 77, 7, und schlichtweg 114, 3 und 137, 6 vorkommt, so wie denn der Gebrauch der weiblichen Taufnamen in der damaligen Zeit in der Art merkwürdig ist, daß Wittwen meist blos danach, ohne den Namen ihres Mannes, genannt werden [1]).

P. 6, 25 verkaufen uxor Olberti et vir eius und resigniren einen Platz, der ihnen gewiß gemeinschaftlich gehörte. Hätte er noch auf den Namen der Frau gestanden, so würde ihr Taufname erwähnt worden sein. Daß sie hier voransteht, beweist somit mehr die Ehrfurcht für das Geschlecht und ihre selbstständige Stellung, als ihr größeres Recht grade auf den Platz. So auch 6, 28, wo Hildesidis et vir eius verkaufen, ferner 90, 11. Dagegen dürfte in dem Falle 19, 1 ein größeres Recht der Frau eher als des Mannes angenommen werden müssen, da Heinrich de Wege und Frau Mynna genannt, Letztere aber als Tochter von Weneko Niso ausdrücklich bezeichnet wird, wobei es freilich auffällt, wenn nicht lange darnach 32, 12 die Frau Minna ihr Haus allein resignirt, wiewohl darum noch nicht ein getrenntes Güterverhältniß unter den Eheleuten angenommen werden darf, da dies der ersten Resignation widersprechen würde. Aber wenn Wildegus und Imme [2]) einen Garten kaufen, der ihnen 7, 21 resignirt wird: so ist hier selbst von Denjenigen eine Gemeinschaft nicht zu bestreiten, welche das Wesentliche derselben im Römischen

1) So kommt domina Walburgis oder Walbergis schlichtweg vor 34, 10. 128, 8: so domina Ideken 4, 13. Einmal auch domina Alheidis bei der Langenbrücke 81, 16.

2) Die Frau Imme läßt sich mehrere Jahre später 41, 10 ein ganzes Haus, den achten Theil ausgenommen, zuschreiben, woraus sich nichts schließen läßt, da die Annahme möglich und selbst wahrscheinlich ist, daß sie derzeit schon Wittwe war.

Digitized by Google

Eigenthumsrechte finden. Das ist auch von allen übrigen Resignationen zu sagen, wo Mann und Frau zusammen verkaufen, oder wenn ihnen p. 38, 17. 45, 4. 179, 38 ein Gegenstand resignirt wird.

Während es übrigens sonst N. et uxor oder N. et maritus heißt, kommt vor 39, 12 Heinrich Rese (der Müller von der Neuen Mühle 122, 1 ff.) unacum uxore sua. Ebenso 72, 1, wo ausserdem bemerkt wird, daß es das Haus der Frau gewesen. Auch scheint 82, 23 das sicut eius erat, auf die Frau von Wernike zu gehen, der merkwürdig genug als cognatus Wernheri Fabri bezeichnet wird, und mit seiner Frau, deren Knaben, die sie vom Herrn Dode hat, deren Schwester und dem Ehemanne derselben ein Erbe verkaufen. Hier scheint die Zuziehung der Verwandten als Familienrath stattgefunden zu haben, sowohl um die Rechte der Kinder erster Ehe, als die eigenen zu wahren (§. 33).

P. 60, 18 muß offenbar gelesen werden Bernebeke et uxor eius resignaverunt.

P. 54, 3, wo domina Lysbe et Verdewardus resignaverunt, ließe sich denken, daß Letzterer nicht ihr Ehemann, sondern nur ihr Vormund gewesen ist, wiewohl dieser bei Frauen und Wittwen äusserst selten vorkommt. Allein 63, 12 steht Vredewardus et domina Lisbe, so daß es ziemlich ausser Zweifel ist, Jener ist der Ehemann gewesen.

P. 80, 2 wird bemerkt, daß der Käufer den Kaufpreis ei bezahlt habe, also wohl dem Manne.

Die Stelle p. 100, 5: Dominus etc. muß dahin verstanden werden: Der Ritter Georg und seine Ehefrau Greta resigniren ihrem Schwiegersohne, Heinrich von Thanestide und dessen Frau, also ihrer Tochter, ein Haus bei Petri-Kirchhof. Es ist wohl dieselbe domina Greta, die 167, 7 als Wittwe des gräflichen Vogts (advocatus) Georg (vgl. auch 12, 17) resignirt (vgl. oben § 16 Anm. 3), und vermuthlich auch diejenige, welche 184, 25 mit ihrem Sohne Bernhard als ihrem Vormunde genannt wird. Die übrigen Fälle, wo der Name Grete allein vorkommt (55, 15. 78, 19. 161, 21. 167, 15. 176, 14), passen auf unsere Frau nicht.

P. 170, 1 resigniren zwei Eheleute gemeinschaftlich ein Erbe, welches die Frau von ihrem Vater als Mitgift erhalten hatte.

Digitized by Google

P. 177, 12 resigniren sogar zwei Ehepaare ein Erbe gemeinschaftlich.

Wie gesagt, nirgends eine Andeutung auch nur in einem einzigen dieser Fälle, daß die Gütergemeinschaft, in welcher die Eheleute sich befanden, nur eine Ausnahme gewesen sei, und auf einen besonderen Vertrag sich begründet habe.

§ 75.

Fortsetzung.

Jetzt wenden wir uns zu denjenigen Fällen, von denen Herr Dr. Reimarus S. 443 zu Not. 10 meint, hier habe eine Ehefrau allein resignirt, und dies sei denn ein Zeichen, daß sie nicht in Gütergemeinschaft gelebt habe.

Aber bei keinem einzigen von den vier Fällen, auf welche er hier namentlich Bezug nimmt, läßt es sich mit Bestimmtheit behaupten, daß hier eine Ehefrau, und daß nicht vielmehr eine Wittwe resignirt habe. Wäre das Erstere übrigens wirklich der Fall gewesen, so würde, nach den bisher von mir nachgewiesenen Verhältnissen einer Ehefrau, daraus noch nicht folgen, daß keine Gütergemeinschaft zwischen ihr und ihrem Manne bestanden, sondern wenigstens mit demselben Grade von Wahrscheinlichkeit ihre größere Selbstständigkeit, auf welche die Bestimmungen, wie sie sich in dem späteren Zusatze zum Ordel IX, 13 (vgl. § 48) finden, noch nicht eingewirkt hatten. Indessen wir brauchen nicht so weit zu gehen, da jene Fälle schwerlich von Ehefrauen handeln dürften.

Der erste Fall betrifft eine Alheydis, die freilich als die Ehefrau von Leveke bezeichnet wird, p. 13, 18. Hier resignirt sie ein Haus, 26, 7 ihrer Schwester Grete ein halbes Haus, ferner $\frac{2}{3}$ eines Hauses 41, 10, ihre Schwester kauft 8, 8 ein halbes Haus. Ist sie mit der domina Alheidis dieselbe, welche p. 81, 16 ein Erbe kauft, und p. 150, 1 ein anderes wieder resignirt, wobei ein Vormund erscheint, und deren drei Söhne Gottschalk 114, 18. 143, 28. 186, 16. 187, 4, Friedrich 171, 14, und Godeke, Bürgermeister, 68, 7. 116, 1, sind, so kann man kaum zweifeln, daß sie Wittwe gewesen, da sonst ihres Mannes in irgend einer Art gedacht worden wäre. Ihr Fall bietet auch sonstige Merkwürdigkeiten. Die überlebende Wittwe resignirt und kauft ohne Vormund (nur einmal p. 150, 1 wird

Digitized by Google

eines Vormundes gedacht)[1]) und ohne ihre Kinder Grundstücke. So resignirt 9, 19 eine Wittwe ihren Söhnen bona sua. Es ergiebt sich, daß domina ebenso wenig als dominus (vgl. Reimarus S. 459)[2]) ein wesentliches Prädicat gewesen ist, indem sie bald mit bald ohne dasselbe genannt wird[3]). Der Zuname des Vaters scheint hier für die Söhne gleichgültig gewesen zu sein, da sie sich durchweg nur nach dem Namen der Mutter nennen.

Der zweite Fall 32, 14 gedenkt ebenfalls einer Ehefrau, der Frau (uxor) des Friedrich Corde, welche mehrere Häuser ꝛc. resignirt. Dieselbe wird mulier Frederici Corde 13, 15 genannt, wo ihr und einer Richodo ein Erbe zugeschrieben wird. Nirgends eine Andeutung davon, daß der Mann noch gelebt.

In dem dritten Falle 60, 2 resigniren uxor Thedelmi Gos und ihr Sohn, ein Geistlicher, ein Haus. Sollte die Frau, wenn

---

1) Wie wenig Werth man auf die Erwähnung des Vormundes legte, beweist ein anderer, auch sonst interessanter Fall. Die domina Oda de Bole, welche p. 20, 13 uxor Petri de Bole heißt, und ihr Sohn Johannes resigniren p. 23, 15 ohne Vormund zwei Häuser, nachher schlichtweg als domina Oda und ihr Sohn und tutor eorum, ohne diesen zu nennen, ein Erbe und ein Haus 91, 8, ferner einen Kornspeicher ohne Vormund 98, 23, und ebenso ein halbes Erbe 104, 23, vielleicht die andere Hälfte von der 20, 13 erwähnten magna domus, dagegen p. 129, 12 ein Erbe cum tutore eorum, wo denn filii erwähnt werden.

2) So hat Johannes filius Dominae Modike bald dominus bald nicht p. 36, 4. 91, 19. 95, 13. 100, 1. Die Frau hat das Prädicat domina, der Mann wird schlichtweg genannt p. 17, 9. 22, 8. 36, 19.

3) Auch sonst kommt dies vor. So heißt die domina Vroburgis auch schlechtweg de Stadio p. 51, 15. 18. 23. 78, 7. 15. 22. 102, 5. 155, 1. Die Frau Herburgis heißt bald domina, bald nicht p. 55, 20. 59, 11. Auch die Frau Aue, welche einmal uxor Bolemanni Fabri heißt, kommt bald mit bald ohne domina vor p. 59, 15. 143, 20. 145, 28. 149, 6. Dabei ist es merkwürdig, daß 59, 15 ihr und ihren Söhnen ein Erbe verkauft und resignirt wird, daß sie 143, 20 allein mit ihrem Vormunde ein Haus resignirt, und daß ihre Söhne allein 145, 28 und 149, 6 resigniren, ohne daß die Mutter als verstorben bezeichnet wird. — P. 22, 8 kommt eine Ehefrau Berteka vor, die domina genannt wird, ohne daß ihr Mann das Prädicat hat. Umgekehrt heißt p. 129, 17 die Frau des dominus schlichtweg Gertrudis.

Digitized by Google

sie nicht Wittwe gewesen, so bezeichnet, und des Mannes und Vaters gar nicht weiter gedacht sein, als blos als Mann der Frau?

Endlich der vierte Fall. Es resignirt 67, 7 uxor Domini Henrici de Osterborg ein Haus und Ufer [4]). Aber es muß damit 57, 9, wo dieselbe Resignation von dem Manne an denselben Käufer eingetragen war, jedoch durchstrichen ist, und 93, 16, wo Jacob Ybinge, als Vormund der Kinder des Heinrich von Osterborg, ein Haus derselben verkauft, und sich zum Empfange des Kaufpreises bekennt, verglichen werden. Alles dies bekommt eine ungezwungene Aufklärung, wenn man annimmt, der Mann habe das Grundstück bereits verkauft, sei darüber hingestorben, ohne die Resignation vollzogen zu haben, welche dann nach Maaßgabe des Ordels von 1270 I, 6 von der Frau als Wittwe beschafft worden. Es ist sonst nicht wohl ohne allerlei Fictionen denkbar, daß, wenn der Vater gelebt, er nicht das Haus *seiner* Kinder als deren Vormund verkauft, und zu einer Zeit, wo das Vormundschaftswesen ohnehin noch wenig geregelt erscheint (§ 98 ff.), einem Fremden die Vormundschaft überlassen haben sollte.

§ 76.

Fortsetzung.

Es entstehen aber über die Hypothese des Herrn Dr. Reimarus, in den von ihm erwähnten Fällen eine Ehefrau anzunehmen, und daraus getrennte Güter der Eheleute zu folgern, noch bedenklichere Zweifel, wenn man in Anschlag bringt, daß sich diese Fälle nicht etwa auf die vier beschränken, die er angeführt hat, sondern bis auf 50 [1]) vermehren lassen, und wenn

4) Wegen des Ufers vgl. meinen Vortrag über Servitutenrecht oben S. 48.

1) Die Fälle, wo entweder eine Ehefrau oder eine Wittwe es ist, die allein resignirt, sind vollständig folgende: 4, 26. 7, 29. 10, 8. 12, 8. 13, 18. 13, 22. 16, 5. 17, 14. 20, 13. 22, 8. 23, 11. 23, 22. 24, 9. 27, 14. 32, 14. 45, 15. 55, 15. 56, 17. 59, 9. 60, 2. 65, 18. 65, 22. 67, 7. 77, 7. 95, 7. 96, 5. 97, 11. 98, 20. 104, 13. 110, 3. 127, 15. 132, 11. 134, 5. 136, 2. 144, 2. 147, 28. 151, 1. 152, 2. 159, 1. 14. 15. 21. 170, 15. 175, 16. 176, 17. 23. 28. 177, 28. 179, 32. 181, 7.

Digitized by Google

man noch alle die Fälle, wo einer domina allein gedacht wird, und wo es sich nicht nachweisen läßt, daß domina Wittwe bezeichnet, sogar auf 120 [2]).

Im Widerspruche mit dem Princip des ehelichen Mundiums und der ehelichen Genossenschaft sollte in allen diesen Fällen angenommen werden müssen, daß hier nicht von einer Wittwe, sondern von einer Ehefrau die Rede, die mit ihrem Ehemanne in keiner Gütergemeinschaft gestanden, und ohne Zuziehung desselben oder auch nur eines Vormundes (wenigstens dies in den meisten Fällen) über Grundstücke und Kapitalien sollte verfügt haben?!

Bei vielen dieser Fälle läßt sich nun aber aus anderen Stellen des Resignationenbuches es wahrscheinlich machen, daß es wirklich eine Wittwe gewesen, die am häufigsten als Ehefrau ihres verstorbenen Mannes, ja nur schlechtweg als domina bezeichnet wird, während die Bezeichnung vidua oder relicta sehr selten vorkommt.

Wir heben auch hier einige Fälle hervor, wo uns grade besondere Bemerkungen aufgestoßen sind.

P. 9, 19 resignirt domina Reynoldis ihren Söhnen ihre Güter. Sollte dies, wenn ihr Mann noch gelebt, ohne dessen Zuziehung möglich gewesen sein? Es drängt sich auch hier die Vermuthung auf, daß in der Resignation eine Vergabung auf

2) Verzeichniß der Stellen, wo eine domina allein resignirt, oder mit einem Vormunde, ohne daß es klar ist, ob sie Wittwe: p. 4, 13. 8, 16. 9, 5. 9, 19. 19, 4. 22, 3. 23, 3. 23, 15. 26, 3. 26, 5. 31, 17. 32, 12. 38, 7. 51, 15. 51, 18. 55, 20. 58, 4. 65, 18 (vgl. damit 65, 22). 69, 1. 78, 15. 78, 19. 84, 22. 85, 8. 87, 6. 89, 2. 90, 14. 91, 8 (W.). 92, 19 (W.). 98, 23. 100, 21. 25. 101, 6 (W.). 14. 19. 104, 23. 128, 7. 128, 18 (W.). 129, 11 (W.). 135, 8 (W.). 137, 6. 143, 20 (W.). 144, 18 (W.). 22. 145, 4 (W.). 146, 1 (W.). 16. 18 (W.). 147, 17. 150, 1 (W.). 154, 14 (W.). 155, 1. 16 (W.). 27. 161, 21. 26 (W.). 164, 29. 170, 26. 29. 173, 19. 179, 38. 182, 15. 184, 25 (W.). Die Fälle, wo domina ganz gewiß eine Ehefrau bezeichnet p. 14, 12. 15, 16. 36, 14. 54, 3. 55, 7. 61, 11. 63, 12. 65, 18 (vgl. 65, 22) 90, 11. 103, 18. 131, 20. 159, 24. 164, 27. Die Fälle, wo eine domina allein resignirt und ganz gewiß entweder eine Ehefrau oder eine Wittwe ist p. 55, 15. 59, 15. 85, 8. 92, 19. 101, 14. 140, 6. 166, 18. 170, 15.

Digitized by Google

den Todesfall enthalten ist (vgl. § 71). So verkauft p. 19, 4 domina Wibeka an Conrad Steding, ihren Schwiegersohn, ihr Erbe oder ihre Erbschaft (haereditatem suam) für 70 Mark Silber. Dann heißt es, quod residuum fuit, dedit eidem cum filia sua, quod resignauit Johannes de Thuedor eidem et Fredericus Beyonis. Wie man auch diese räthselhafte Disposition, worin entweder eine Vergabung auf den Todesfall oder eine Mitgift (dare bezeichnet ja Beides § 70 Anm. 2) enthalten sein kann, auffassen will, jedenfalls handelt hier die domina mit einer Willkühr, die bei Lebzeiten ihres Ehemannes fast undenkbar ist.

Wenn p. 10, 8 Dudonis uxor und ihre Söhne ein Haus verkaufen, so läßt sich dasselbe sagen. In den Fällen, wo sogar eines Vormundes, zum Theil namentlich gedacht wird, und dieser oft nicht blos als Vormund der Frau, sondern auch ihrer Kinder bezeichnet wird, scheint es mehr als gesucht, anzunehmen, der Mann und Vater habe nichtsdestoweniger noch gelebt. Hierher gehören die Fälle p. 91, 8, dessen schon § 75 Anm. 1 gedacht wurde, p. 92, 19, wo domina Danchurgis und ihr Sohn ein halbes Haus verkaufen, und mit dem tutor eorum resigniren, p. 96, 5, wo uxor Domini Wolchgeri, Thetburgis, et pueri eius, et dominus Alardus de Buckestehude, tutor eorum, einem Bernhard von Bockestehude Platz und Haus verkaufen und resigniren; p. 97, 11, wo domina Mechildis, mater Johannis Ekberti, und seine Frau und Sohn, et tutor ipsorum, Johannes de Twedorp, ein Haus nebst Hofplatz verkaufen und resigniren [3]); p. 101, 6, wo domina Mechtildis et filio eius et dominus Johannes, tutor eius, ein Haus an die Domina Vroburgis verkaufen, wobei zugefügt wird, et resignauit coram consulibus. Ipse Johannes fideiussit, so daß man sieht, das Resigniren wird von der domina Mecht. behauptet, und für eius ist eorum zu lesen; p. 129, 11, wo domina Oda et filii eius et tutor eorum ein Erbe verkaufen und resigniren; p. 134, 5, wo domina Alheidis, die Frau des Müllers Eler, cum tutore suo, domino Johanne de Thetmursia, und Nicolaus, ihr Sohn, wegen einer Schleuse eine Resignation vornehmen; p. 135, 8, wo domina Mechildis et pueri eius cum

3) Resignavit steht hier offenbar für resignaverunt, oder bedeutet: läßt sich resigniren, vgl. meine Vortr. 2, 2, 242 Anm. 4.

Digitized by Google

tutore eorum, domino Marcwardo de Domenis, ein Haus; p. 146, 1, wo domina Teta et filius eius et tutor eorum ein Erbe; p. 146, 18, wo domina Ymma, vgl. oben § 74 Anm. 2, et tutor eius et pueri sui ein Haus, p. 155, 16, wo domina Theta et pueri sui, cum tutore eorum Andrea et Ludeconi de Herlinghe domum suam; p. 159, 15, wo uxor Johannis Howescilt et pueri sui, cum tutore eorum Wlfardo, ein Haus; p. 161, 26, wo domina Mechtildis Klotersce cum tutore eius filio suo, dem Gh. et filiis ipsius omnia bona sua post obitum suum; p. 175, 16, wo uxor Werneri Weghere cum tutore eius et filiis suis domum suam; ebenso p. 177, 28, uxor Jacobi Albi et pueri sui cum tutore eorum, domino Frederico Militc, und endlich p. 184, 25, wo domina Greta cum tutore eius, filio ipsius, Bernardo domum suam resigniren.

Pag. 13, 22 ist uxor Tiderici Huntummeitoge gewiß eine Wittwe, da sie ihrem Sohne vergabt suam haereditatem (Erbe oder Erbtheil) quam de patre suo habere tenetur, et si intra annum alium virum duxerit, cuilibet puero tantum, sicut illi dabit. Vgl. meine Vortr. 2, 2, 248.

Ebenso pag. 17, 14 die Gertrudis uxor Tethlevi, die die Erbschaft ihres Mannes, und zwar mit Consens seiner Brüder behält.

Ferner pag. 132, 11 die domina Ava, uxor Domini Friderici Beionis, die mit ihren Söhnen und tutor eorum eine Rente verläßt. Der Name Friedrich Bejo kommt 20 Jahre früher vor p. 13, 6. 19, 7, so daß es um so wahrscheinlicher wird, daß er zur Zeit der Resignation seiner Frau und Kinder 1268 bereits verstorben war.

Die domina Christina de Huxaria, welche p. 101, 14 mit einem Sohne, dominus Conradus, dem Johannes von Hiddesacker, gener eorum, ein Erbe resignirt, kommt gleich darauf p. 101, 19 kurzweg als domina Christina vor, zwischen der und einem dominus Lambertus de Groningen ein Siel liegt, und p. 159, 1 als uxor Conradi Uxarie cum tutoribus eius, wo sie abermals dem Johannes von Hiddeshacker ein Haus resignirt. Von ihren zwei Söhnen treffen wir den erwähnten Conrad auch p. 141, 15. 143, 1. 167, 4[4]).

4) Von der Familie de Huxaria soll zufolge Lappenberg R.-A. Vorr. S. XI, der Hürter seinen Namen haben, was einigermaaßen dadurch zweifelhaft wird, daß wir den Namen der Familie im Resignationenbuch auch ohne H geschrieben finden.

Digitized by Google

Nach diesen einzelnen Beispielen, die sich um viele vermehren ließen, ist es nicht wohl mehr zu bezweifeln, daß auch sonst, wo eine uxor allein resignirt, von einer Wittwe die Rede ist, wenn sich nicht speciell nachweisen läßt, daß irgendwo eine Ehefrau allein resignirt hätte, wovon ich keinen Fall namhaft machen kann.

§. 77.

Fortsetzung.

Herr Dr. Reimarus betrachtet es ferner S. 443 zu Anm. 11 als ein Zeichen, daß zwischen den Eheleuten keine Gütergemeinschaft bestanden, wenn der Consens der Ehefrau besonders bemerkt wird, wie, fügt er hinzu, bei Veräusserung von Dotalgütern wenigstens 1270 gesetzlich gewesen. Von dem Ordel I, 20, welches hier gemeint wird (vgl. S. 440), habe ich schon früher (§ 56) gehandelt. Weder das Ordel noch die beiden Stellen im ältesten Resignationenbuche p. 163, 28 und 181, 22 stehen demjenigen Verhältnisse im Wege, was wir mit Gütergemeinschaft bezeichnen. An sich selbst berechtigt die Fassung hier uns nicht, diese Stellen anders zu nehmen, als wenn gesagt wäre, beide Eheleute resignirten, oder, wie 39, 12. 72, 1. 184, 12 der Mann unacum uxore (§ 74) oder wenn p. 18, 21. 54, 12 ein Ehemann als solcher, oder wenn p. 150, 12. 177, 4 ein Ehemann ex parte uxoris suae resignirt. Es ist nun eben eine Abwechselung im Ausdruck, die lediglich auf Rechnung des Schreibers zu bringen ist, wenn man nicht einen andern gewissen Grund dafür nachzuweisen vermag. Man kann sich den Fall denken, daß das Grundstück, welches p. 163, 28 und 181, 22 nur mit Zuziehung der Frau veräussert oder beschwert werden konnte, beiden Eheleuten von den Eltern der Frau zugeschrieben war, wie in dem Falle p. 100, 5 ff. Hätte keine Gütergemeinschaft Statt gefunden, welche dem Manne trotz des Ordels I, 20 die Verfügung über die Güter, die von Seiten seiner Frau herstammten, möglich gemacht, wenn nicht besondere Vorkehrungen dawider getroffen waren, so wäre in dem Falle p. 99, 15, wo Jemand seiner verheiratheten Tochter und deren Söhnen mittelst einer Vergabung ein Haus resignirt, die von ihm dabei hinzugefügte Bedingung, sein Schwiegersohn dürfe es nicht verkaufen und verpfänden, sinnlos und überflüssig.

Digitized by Google

Ein Argument für die gesetzliche Gütergemeinschaft läßt sich aus Herrn Dr. Reimarus Bemerkungen selbst hernehmen. Er räumt S. 443 zu Anm. 12 ein, daß, wenn Kinder mit den Eheleuten resigniren, angenommen werden müsse, es habe zwischen den Letzteren eine Gütergemeinschaft bestanden. Nun kommt aber grade dieser Fall ziemlich oft vor, namentlich p. 8, 22. 142, 28. 149, 1. 164, 24. 169, 14.

§ 78.

Fortsetzung.

Zu den zweifelhaften Fällen, die aber weder für noch gegen eine Güter-Gemeinschaft streiten, rechne ich den Fall p. 30, 12, wo Wicburgis, Ehefrau des Johannes Schneider (Sartor) diesem ihrem Manne ein Haus in der Art resignirt, daß er es verkaufen kann. Entweder es liegt hier eine letztwillige Vergabung vor, welche abermals die große Gewalt der Ehefrau über die ehelichen Güter beurkunden würde, oder es ist hier der Fall von I, 20, und ein Haus steht für ihr Haus, wo denn freilich das Fehlen dieses Pronomens befremden würde[1]). Uebrigens scheint die domina Wicburgis ihren Mann überlebt zu haben. Wenigstens kommt eine Frau dieses Namens später allein vor p. 129, 29, und mit einem Vormunde p. 183, 1.

In dem Falle p. 42, 23, wo eine Schwester nicht etwa die andere oder diese mit ihrem Ehemanne, sondern kurzweg den Ehemann de omni haereditate dimisit, quae ipsam habere contin. (Lappenberg liest contendit) de eius sorore, kann man freilich den Ehemann als gesetzlichen Vormund seiner Ehefrau betrachten, doch läßt sich dies nicht mit den vielen Fällen vereinigen, wo die Ehefrau selbstständig agirt, so daß fast nichts übrig bleibt, als ein zwischen den Eheleuten auch über das Erbgut der Ehefrau bestehendes gemeinschaftliches Verhältniß. Vergl. den Fall p. 174, 8.

Wenn p. 61, 11 Heinrich Rufus von seiner domina ein halbes Haus kauft, und von ihr bezahlt erhalten zu haben bekennt, so kann freilich domina als Herrin, Herrschaft, in dem nämlichen Sinne genommen werden, wie wir früher (§ 71) die Resi-

1) Ueber die Resignation in Hinsicht auf die Gewehrveräußerung vgl. meine Vortr. 2, 2, 243.

gnation eines Dieners an seinen Herrn p. 3, 21 gehabt haben. Allein der häufigere Sprachgebrauch ist doch für Ehefrau (vgl. § 74 und 75). Dann steht die Resignation offenbar im Widerspruch mit Sachsensp. 1, 34, wonach die Ehefrau, welche mit ihrem Manne während der Ehe gültige Rechtsgeschäfte eingehen wollte, dazu eines Vormundes bedarf, ferner mit 1, 31, 2, wonach der Frau Veräusserungen an ihren Mann, der ohnehin als ihr Vormund ihre Güter in seiner Gewahr hat, ohne ihre nächsten Erben nicht gestattet sind, vgl. die desfalsigen Vermuthungen und Erörterungen von Kraut Vormundsf. 2, 425 ff. Es läßt sich hier also ein Beweis annehmen, daß die Grundsätze des Landrechts bei uns keine Anwendung gehabt haben. In unserem städtischen Weichbilde beschränkte sich die Gewehr, welche aus dem Mundium dem Manne zufiel, auf eine solche einseitige Thätigkeit, wie sie eben zur Ausübung des Mundiums nothwendig war. Sonst zog die eheliche Genossenschaft in der Regel die Nothwendigkeit gemeinschaftlicher Verfügung und somit des beiderseitigen Consenses bei Resignationen nach sich. Eben darin, daß die Eheleute eben so oft und öfter gemeinschaftlich resigniren, und ihnen resignirt wird, als dies mit dem Ehemanne einzeln geschieht, liegt ein Argument mehr für die gesetzliche Gütergemeinschaft. Sollte der Mann über ein Grundstück einseitig verfügen dürfen, so mag man hin und wieder die Form nothwendig erachtet haben, daß der Mann es von seiner Frau kaufte, und sie den Kaufpreis erhalten zu haben erklärte: eine Fiction, die ihm dann die Disposition ohne ihren Consens möglich machte, so weit sie sie ihm einräumte. Dieselbe domina Henrici Ruß assignirt ihrem Manne (wenn das ei nicht etwa auf den Radolf von Hersefeld geht, den die vorhergehende Assignation nennt p. 76, 1) p. 76, 3 ein Haus an der Mühlenbrücke iure haereditario, so daß er nur auf den Todesfall darüber verfügen kann (vgl. meine Vortr. 2, 2, 244).

Wenn man die eheliche Gütergemeinschaft nicht als Regel annimmt, so scheint die Resignation p. 84, 4 ff. ungereimt und überflüssig zu sein, wo ausdrücklich erklärt wird, ein Erbe, das Jemand besitze, gehöre (est) seiner Frau und Kindern, und könne er es nicht ohne den Consens dreier Personen, welche namhaft gemacht werden, verkaufen oder verpfänden. Man wird sagen

Digitized by Google

müſſen, wenn es Frau und Kindern gehört, wenn ihnen das Gewehrrecht daran zugeſtanden, ſo habe ſein factiſcher Beſitz an ſich es ihm, ſobald man nicht eine Gütergemeinſchaft annimmt, möglich machen können, darüber zu verfügen.

Ebenſo läßt ſich ohne Annahme einer ehelichen Gütergemeinſchaft die Reſignation p. 45, 3 ff. nicht wohl erklären.

Hier iſt auch der Fall p. 97, 10 ff. (ſ. oben S. 324) zu erwähnen, worin eine Mutter mit der Wittwe ihres Sohnes in fortgeſetzter Gütergemeinſchaft gedacht werden muß. Denn es ſcheint Johannes Ekbert geſtorben zu ſein, und deſſen Mutter, Wittwe und Sohn verkaufen Haus und Hof. Dabei wird tutor ipsorum, alſo nur ein Vormund für alle Drei erwähnt, vielleicht weil nur ein tutor ad hoc üblich war.

Merkwürdig würde der Fall p. 104, 12 ſein, wo ein Johannes von Wulfhagen den Platz des Johannes von Holtorp von ſeiner oder deſſen (sua wieder für eius) Ehefrau und Helerus von Drage kauft, und dieſe reſigniren, wenn man das sua nicht für eius oder den von Drage nicht für einen tutor ad hoc nimmt.

P. 125, 10 wird dem Alardus von Groningen das Erbe ſeiner Frau von den Freunden earum (ſoll wohl heißen eius, der Frau) reſignirt. Es iſt ſonderbar, daß hier des Conſenſes der Frau gar nicht beſonders gedacht wird, vielleicht weil er ſich von ſelbſt verſtand, und es hauptſächlich darauf ankam, daß ihre nächſten Verwandten einwilligten. Dies ſind die vrunde an beyden ſyden in dem Ordel von 1270 X, 8 vgl. VI, 32 (§ 33 Anm. 4).

Einen, wie es ſcheint, intereſſanten Beleg dafür, daß aus dem Umſtande, ob einer oder beide Ehegatten reſigniren, nichts für die Croppſche Hypotheſe geſchloſſen werden darf, liefert folgende Combination. Pag. 65, 18 reſignirt eine domina Alburgis einem Heinrich ein Haus, p. 65, 22 Alburgis, uxor Budel, dem Lüder Budel ein halbes Haus, und Elardus und Alburgis p. 70, 18 dem Lüder Budel domum suam. Die Umſtände machen es wahrſcheinlich, daß dieſe Frau Alburgis Ehefrau des Elardus Budel geweſen iſt. Es würden alſo bald der Mann mit der Frau, bald dieſe allein reſignirt haben. Nimmt man nun nicht an, daß domus sua in der letzten Reſignation auf den Namen beider Eheleute ſtand, zu welcher Annahme uns kein

Digitized by Google

Umstand berechtigt, so folgt aus diesen drei Fällen eine Bestätigung der von mir den Frauen vindicirten großen Selbstständigkeit (vgl. § 6 und öfter), so daß auch eine Ehefrau allein sogar an Immobilien das Gewehrrecht aufgeben kann. Aber gewiß ergiebt sich hier kein Beweis von dem Eigenthumsrecht des Ehemannes an den Illaten seiner Frau, wenn man auch in den beiden ersten Fällen diese annehmen wollte, und man darf durch einen Fall, wie p. 175, 7, wo ein Ehemann ein Erbe resignirt, quam cum uxore sua accepit, um so weniger für die neue Theorie von dem ehelichen Güterrecht sich gewinnen lassen, da vorher und nachher Eheleute gemeinschaftlich resigniren (vgl. § 72), und dies bei Weitem der häufigere Fall ist. Auch spricht nicht für das ausschließliche Recht des Ehemannes an den Illaten seiner Frau der Fall p. 155, 23: In haereditate Eleri de Wedelstede habet uxor sua, Mechtildis, 30 marcas denariorum, quas legitimo testimonio obtinuit nomine sponsalitii. Es scheint der Ehemann durch diese Vermerkung für den Fall seines Ablebens seiner Ehefrau den Beweis ihres Eingebrachten erleichtet zu haben, und hier eine Bestätigung meiner Ansicht von dem Alter der nur in der Göttinger und der Handschrift von Placcius sich findenden Fassung des Ordels von 1270 III, 10 (vgl. § 59) gefunden werden zu können.

Schließlich läßt sich wohl nicht mit Herrn Dr. Reimarus S. 444 zu Anm. 1 und 2 daraus, daß sowohl Vater als Mutter zugleich mit ihren Kindern [2]) und Kinder mit einander gemeinschaftlich resigniren, schließen, die hier bestehende Gemeinschaft sei eine Fortsetzung, ein Verbleiben in einer vertragsmäßigen gewesen. Solche Wirkungen nach dem Tode eines Ehegatten lassen sich unmöglich einem bloßen Vertragsverhältniß ohne Weiteres zuschreiben. Dies würde mit unseren bisherigen Ermittelungen über

2) Die Fälle, welche Herr Dr. R. hier aufzählt, lassen sich sehr beträchtlich vermehren. Ein Vater resignirt mit den Kindern p. 40, 12. 44, 15. 54, 7. 83, 4. 98, 4. 130, 1. 5, mit den Söhnen seiner Frau p. 35, 4. Die Mutter mit den Kindern p. 55, 10. 85, 15. 92, 19. 132, 11. 136, 3. 137, 6. 141, 15. 142, 1. 146, 18. 147, 17. 155, 27. 156, 7. 167, 15. 170, 26. 172, 1. 173, 12. 19. 176, 14. 177, 28. 179, 24. 38. 181, 7. 14. Ueber die Fälle, in denen umgekehrt Eltern und Kindern resignirt wird, s. oben § 74.

Digitized by Google

die Ansichten unserer Vorfahren vom Erbrecht (vgl. meine Vortr. 2, 2, 307 ff. und oben § 58 ff.), und selbst mit den allgemeinen Rechtsbegriffen nicht wohl vereinbar seln. Umgekehrt rechtfertigt viel eher und entschiedener die Prorogation nach dem Tode den Schluß auf einen entsprechenden gesetzlichen Zustand beim Leben. Denn wenn wir freilich uns gegen die Consequenz erklärt haben, von der Art und Weise, wie eine Gemeinschaft auseinandergesetzt wird, auf die Verhältnisse derselben während ihres Bestehens zu schließen (§ 58): so ist es etwas ganz Anderes, was hier vorliegt, nämlich der Schluß aus der Fortdauer der Gemeinschaft nach dem Tode eines Theilhabers auf die Existenz derselben während seines Lebens.

§ 79.

Aufhebung der Ehe.

Herr Dr. Harder hat in seinem Beitrage S. 69 ff. sich umständlich mit den rechtlichen Verhältnissen einer hiesigen Wittwe nach dem Tode des Mannes im dreizehnten Jahrhunderte beschäftigt. Besonders verweilt er bei dem Mundium der Wittwe S. 69 ff., bei ihrer Abtheilung und Wiederverheirathung S. 73 ff., und bei der Frage S. 80 ff., wie weit die Wittwe für die Schulden haftet. Es war nicht die Aufgabe, welche er sich gestellt hatte, das Verhältniß des überlebenden Ehegatten im Allgemeinen zu prüfen, und es ist dies zu bedauern, weil, wie wir schon anderswo (§ 50) bemerkt haben, es grade zu einer ungehörigen Auffassung verleitet, wenn man blos das Verhältniß der überlebenden Ehefrau ins Auge faßt. Aber auch abgesehen davon, müssen meine bisherigen Betrachtungen nothwendig auf manche von Harder abweichende Gesichtspunkte führen.

Zunächst sind es seine Ansichten vom Mundium, in das die Wittwe gerathen soll, welche einer Berichtigung bedürfen. Unsere Untersuchungen der alten Ordele von 1270 und das älteste Resignationenbuch haben auch für die Wittwe eine weit größere Selbstständigkeit ausser Zweifel gesetzt, als man ihr bisher einzuräumen pflegte. Nur so erklärt es sich befriedigend, daß die meisten Resignationen der Wittwen von 1248 bis 1274 gar keines Vormundes erwähnen, ja daß in sehr vielen die Wittwe ohne Zuziehung der Kinder oder ihres Vormundes disponirt.

Digitized by Google

Das Recht der Verwandten nach dem Tode eines Ehegatten ist nicht aus dem Gesichtspunkt des Mundiums, sondern aus dem eines ganz selbstständigen Familienrechts zu betrachten. Einer Befugniß des Mannes, seiner Frau nach seinem Tode einen Vormund zu ernennen, muß widersprochen werden, wenn man sie als ein regelmäßiges und übliches Recht bezeichnen will.

Ebenso wenig gewinnt man von dem Vormundschaftswesen jener Zeit eine genügende Ansicht, wenn man annimmt, unmündige Kinder hätten allemal unter Vormündern, oder gar unter besonders bestellten Vormündern gestanden. Es wurde vielmehr, und zwar fast durchweg nur ein Vormund alsdann zugezogen, wenn eine Resignation oder eine sonstige derartige wichtige Handlung, wo Kindern so wenig als Frauen von der Natur oder der Sitte die Rechtsfähigkeit zugetrauet wurde, vor sich gehen sollte. Daraus, daß nach dem Ordel von 1270 IV, 7 auch Kinder unter einander nur vor zwei Rathmännern eine Theilung vornehmen sollen, scheint hervorzugehen, daß sie keineswegs, selbst bei einer solchen Handlung, eines Vormundes bedurften, daß dafür aber die Gegenwart der zwei Rathmänner eintrat. Ebenso scheint nach IV, 6 angenommen werden zu können, daß für den Sohn nicht einmal bei der Abtheilung des Vaters mit ihm und Verzicht auf weitere Ansprüche an denselben ein Vormund verlangt ward, da es nur heißt mit crem vormunder (bezüglich auf die Tochter, s. unten § 89).

Auch von einer Pflicht, die Kinder etwa bei einer zweiten Ehe abtheilen zu müssen, wissen, wie Harder S. 73 anerkennt, unsere ältesten Ordele nichts[1]). Wollte der überlebende Ehegatte übrigens abtheilen, so geschah dies vielleicht wohl insgemein unter Zuziehung des Familienraths, aber vorgeschrieben war dies nur für den Fall, daß er bereits zur zweiten Ehe geschritten war,

1) Hierin besteht grade ein Unterschied zwischen unseren, so wie den Dortmunder, und zwischen den Lübischen Statuten, daß nach diesen letzteren (Cod. Hach. II, 20. III, 126 vgl. Pauli Abh. 2, 159 ff.) das Kind, das zu seinen Jahren gekommen, sein Erbe fordern kann, nicht aber nach den ersteren. S. auch Kraut Vormundschaft 2, 594 ff. Es mag auch wohl bei uns vorgekommen sein, daß ein Sohn dergleichen begehrte, und darauf sich im ältesten Resignationenbuch der Fall beziehen p. 12, 14. Vgl. Reimarus S. 446 zu Anm. 3.

Digitized by Google

IV, 7. Sonderbar ist auch der Unterschied, den dieses Ordel macht, hinsichtlich der Zuziehung von zwei Rathmännern, die dann gefordert wird, wenn der überlebende Ehegatte noch nicht zur zweiten Ehe geschritten war [2]). Es scheint alsdann die Zuziehung der Familie nicht gesetzlich nothwendig gewesen zu sein. Die regelmäßige Abtheilung vor einer Behörde ist bei uns erst durch die Vormundschaftsordnung eingeführt worden. Was Kraut Vormundschaft 1, 92 von Hildesheim bemerkt, ist dort singulär.

Richtig ist es, wenn Harder S. 75 sich auf das Ordel VI, 7 von 1270 bezieht, um die Grundsätze der Abtheilung der Wittwe mit ihren Kindern zu reguliren. Allein nach seiner Erörterung gewinnt es das Ansehen, als ob hier Bestimmungen Platz gegriffen hätten, die von denen abgewichen wären, wenn der Mann seine Frau überlebte. Namentlich aber ist es nicht blos der Mann, welcher durch Gott und an seine armen Freunde vom wohlgewonnenen Gute so viel, als er will, vergaben darf, sondern dasselbe Recht wird IV, 2 auch der Wittwe [3]) eingeräumt, so wie denn auch das Ordel IV, 4 nach der Lesart des Lübischen Cod. Hach. III, 284 von einer Wittwe handelt [4]). Bemerkenswerth ist dabei, daß das Ordel IV, 2 die Zuziehung eines Vormundes bei solchen Vergabungen für erforderlich erklärt, so wie denn V, 2 Vormünder als nur bei Wittwen und Waisen vorkommend erwähnt werden. Allein, wie bemerkt, die vielen Stellen

2) Freilich läßt sich aus IV, 6 folgern, daß die zwei Rathmänner und zwar nur als Zeugen, erforderlich waren, wobei auch eines Vormundes gedacht wird, wenn die Abtheilung einen Verzicht auf weitere Ansprüche enthalten soll.

3) Gries 2, 123 bemerkt, wedewe werde manchmal jedes unverheirathete Frauenzimmer genannt, und hält es zweifelhaft, ob IV, 2 auch auf Jungfrauen anwendbar sei. Ich halte Beides für unrichtig (vgl. § 108).

4) Daß es auf Ehefrauen geht, ist nach den Parallelen bei Kraut Vormundschaft 2, 404. 405 nicht länger zu bezweifeln. In dem Inhaltsverzeichniß des Statuts von 1270 heißt es vrouwe de einen man hefft, Anderson S. 13. Aber 1292 F, 4 steht dafür wedewe, vgl. das Register bei Lappenberg S. 92 und 1497 K, 10, vgl. Register bei Lapp. S. 177. Die Glosse zu 1497 K, 9 (Lapp. S. 275) sagt, den Wittwen werden Mägde oder Jungfrauen gleichgestellt, gleichwie im Sachsenspr. 1, 45, 2.

Digitized by Google

im ältesten Resignationenbuche bestätigen, daß man auch ihnen derzeit eine solche Selbstständigkeit in unserer Stadt zugestanden haben muß, daß in den seltensten Fällen auf die Form, einen Vormund zuzuziehen, als lediglich durch die Legislation herbeigeführt, und bisher ungebräuchlich Rücksicht genommen, und von ihnen selbst gerichtliche Schritte gethan worden sind, ohne daß eines Vormundes auch nur gedacht wäre. Es kommt mir darum sehr willkührlich vor, wenn man die Zuziehung eines Vormundes nichtsdestoweniger annehmen will, ungeachtet das Resignationenbuch desselben nicht gedenkt. Von solchen Resignationen, wo ganz gewiß eine Wittwe, relicta, vidua, resignirt, habe ich 23 gezählt, und nur bei fünfen erscheint ein Vormund, und zwar nicht, wie man aus Reimarus Aeusserung (S. 444 zu Anm. 6) schließen sollte, bei den späteren, sondern bei diesen wenigstens nicht häufiger, als bei den früheren[5]). Nun betrachte man dabei u. A. die Fälle p. 97, 10 ff. (s. oben S. 324 und 329) p. 167, 15 oder gar p. 96, 5, wo ein einziger Vormund für ganz verschiedene Personen vorkommt, ohne daß es bestimmt zu sagen ist, für welche er als Vormund fungirt, und wo besonders in dem letzten Falle es frappiren muß, daß dieser Universal-Vormund eben denselben Zunamen hat, wie Derjenige, an den die Resignation geschieht; so wird man gewiß die Skepsis zu

---

Langenbeck fügt hinzu, er finde im Stadtrechte nicht, daß den Mägden Vergabungen erlaubt gewesen, auch bringe die Gewohnheit es nicht mit sich, es stehe also ganz in der Willkühr des Raths, ihre Vergabungen anzuerkennen oder nicht. Hiermit sind die Fälle im ältesten Resignationenbuche zusammen zu halten, wo eine Tochter selbstständig resignirt, ohne daß bemerkt wird, sie sei verehelicht gewesen. Es sind folgende neunzehn: P. 10, 14. 17, 21. 19, 10. 20, 13. 25, 19. 26, 3. 11. 28, 18. 42, 23. 49, 10. 20. 57, 16. 63, 17. 72, 3. 127, 15. 166, 7. 170, 27. 178, 15. 182, 1.

5) Hier das Verzeichniß: P. 25, 11. 33, 6. 51, 8. 55, 10. 57, 1. 64, 1. 76, 6. 100, 17. (V.) 124, 7. 141, 15. (V.) 145, 21. (V.) 147, 1. 153, 29. (V.) 167, 7. 15. 171, 12. 172, 1. (V.) 173, 12. 174, 25. 176, 14. 179, 24. 181, 14. 182, 1. Dies ist aber bei weitem die kleinste Anzahl der hierher gehörigen Fälle. Es ist § 76 nachgewiesen, daß die dort Anm. 1 und 2 erwähnten Resignationen höchst wahrscheinlich ebenfalls von einer Wittwe verstanden werden müssen.

Digitized by Google

weit treiben, wenn man nicht anerkennt, der Vormund wurde nur für dies einzelne Geschäft zugezogen, man behandelte die Zuziehung als eine leere unwesentliche Form, und meinte der Vorschrift damit nominell genügt zu haben.

Die weiteren Erörterungen über das Verhältniß des überlebenden Ehegatten sind bereits § 59 ff. vorgekommen. Was Herr Dr. Harder hier über den Einfluß bemerkt, welchen die ehelichen Rücksichten auf die Auseinandersetzung nach dem Tode eines Ehegatten, sei es mit Kindern oder andern Blutsverwandten, ausgeübt haben, läßt sich in vieler Hinsicht nicht bestreiten. Man muß dem ehelichen Verhältniß auch nach dem Tode eine viel größere Wirksamkeit einräumen, als dem Mundium, wiewohl hier das Gewehrrecht ebenfalls nicht aus der Acht gelassen werden darf, und mehr oder weniger dieselbe Willkühr der Legislation oder Observanz unverkennbar ist, welche auch sonst bei Auseinandersetzung Germanischer Gemeinschaften nachgewiesen werden kann (vgl. meine Vortr. 2, 2, 269), und die einen Rückschluß auf die Natur der Gemeinschaft während des Bestehens derselben nicht gestattet, und Conjecturen über Motive allemal bedenklich macht.

§ 80.

Fortsetzung.

Herr Dr. Harder hat eine Hypothese aufgestellt (S. 79), welche um so mehr ein tieferes Eingehen von unserer Seite fordert, da uns dadurch die Gelegenheit geboten wird, die bisher von dem ehelichen Güterrecht und dem Verhältniß der Wittwe zu den ehelichen Gütern gewonnenen Ansichten auf's Neue zu bekräftigen. Er meint nämlich, die Mutter sei bei einer Auseinandersetzung mit ihren Kindern berechtigt gewesen, ihr Eingebrachtes vorwegzunehmen, und erst dann sei die Theilung mit den Kindern eingetreten. Er räumt ein, daß die auf die Auseinandersetzung bezüglichen Ordele von diesem Voraus der Wittwe nichts sagen, er macht aber andere Argumente geltend, mit denen er seine Conjectur vertheidigt. Ueber meine von ihm abweichende Ansicht habe ich mich bereits § 62 ausgesprochen, und habe die Widerlegung seiner Gründe absichtlich bis hierher ausgesetzt. Sein Haupt-Argument beruht in der Auffassung vom ehelichen Güterrecht, welche ich als unrichtig meine nachgewiesen zu haben. Man darf

Digitized by Google

nicht davon ausgehen, daß die Ehegatten während der Ehe ein Römiſches excluſives Eigenthumsrecht an den Gütern einander gegenüber gehabt, ſo daß z. B. die Frau es an ihrem, der Mann an ſeinem Eingebrachten behalten hätte. Die Gewehrgemeinſchaft gab nur gemeinſchaftliche Rechte, wenn nicht ausdrückliche Vereinbarungen ſie modificirten. Eine ſolche Spaltung der Elemente, aus denen die Gemeinſchaft zuſammengeſetzt war, wie die Verhältniſſe nach dem Tode eines Ehegenoſſen, alſo nach Aufhebung dieſer ehelichen Gemeinſchaft, ſie herbeiführten oder mit ſich brachten, iſt unſeren alten Ordelen fremd. So lange dieſe Gemeinſchaft nach dem Ableben eines Ehegatten mit den Kindern fortgeſetzt wurde, blieb das Verhältniß unverändert, auch hier war von einer Unterſcheidung nicht die Rede, daß etwa dieſem oder jenem Genoſſen der Gemeinſchaft ein größeres oder gar ein ausſchließliches Recht an dieſem oder jenem Gegenſtande der Gemeinſchaft zugeſtanden hätte. Die Frau büßte alſo Nichts ein, wenn bei einer Theilung mit ihren Kindern ihr Eingebrachtes nicht vorweg abgeſondert wurde.

Wenn das Ordel III, 11 die Möglichkeit zuläßt, daß Kinder vom Vater oder von der Mutter abgetheilt werden, ſo folgt daraus nicht, daß hier von einer partiellen Abtheilung die Rede ſei, daß die Theilung ſich auf das ſ. g. väterliche oder mütterliche Vermögen beſchränkt habe[1]). Es wird hier in das Ordel Etwas

1) Man ſcheint dies damals gar nicht gekannt zu haben. Wo es vorkam, war es im Ehezärter beſtimmt. Dahin verſtehe ich folgenden merkwürdigen Fall in dem älteſten Reſignationenbuch p. 130, 16 ff.: Johannes, filius Domini Nicolai Nannonis, confitebatur coram Consulibus, quod ipse pater suus, praedictus Nicolaus, persoluisset sibi omnia bona uxoris suae (d. h. der Frau des Nicolaus, der Mutter des Johannes), et quod dedisset sibi omnia, quae sibi promiserat, quum duxit uxorem suam (geht entweder auf eine zweite Frau des Vaters, oder, was weniger wahrſcheinlich, auf die Verehelichung des Sohnes), et nihil haberet in haereditate et bonis praedicti patris sui caeterorumque suorum puerorum (Brüder des Johannes). Wie man übrigens den Fall auch ſich denken mag, ſo geht er allemal auf eine vollſtändige Abſchichtung des Sohnes. Die partielle Abtheilung vom Mütterlichen iſt erſt im neueſten Statut 3, 3, 4 eingeführt worden, und den früheren völlig unbekannt. Auch unſer älteſtes

Digitized by Google

hineingetragen, was darin an und für sich nicht liegt, und nicht einmal liegen kann, da von dem Todesfall eines Kindes die Rede ist, das mit allen übrigen Geschwistern von dem überlebenden Ehegatten gänzlich abgetheilt war, und es dann heißt, seine Erbschaft solle seinen Geschwistern zufallen, mithin eine vollständige Aufhebung der zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern bestandenen Gütergemeinschaft vorausgesetzt wird, nicht etwa eine blos theilweise Absonderung. Das Ordel VI, 7 gestattet freilich dem Manne Gaben von seinem wohlgewonnenen Gute; allein wie daraus folgen soll, selbst wenn man diese Bestimmung preßt, daß dem Manne nun auch diese Gaben von dem Eingebrachten der Frau zustehen sollen, sobald es ihr nicht gestattet wird, bei einer Abtheilung mit den Kindern dies ihr Eingebrachtes vorwegzunehmen, begreift man nicht. Theils ist die Befugniß des Mannes speciell auf das Gut beschränkt, was er erwarb, würde also das Eingebrachte der Frau gar nicht treffen. Theils ist die Auseinandersetzung der überlebenden Wittwe mit ihren Kindern eine Handlung, welche lediglich von ihrer Willkühr abhängt, und wobei es ihr also unbenommen ist, falls sie solche unmütterliche Gesinnungen hat, ihr Interesse zu berechnen. Man faßt hier das Verhältniß der Gemeinschaft in einer Weise auf, welche unmöglich der meinigen vorgezogen werden kann, wo die Mutter keine Vorzüge vor den Kindern haben darf, die, wenn man sich in einzelnen Fällen zumal ihr Eingebrachtes sehr bedeutend, und das Uebrige sehr geringfügig denkt, schreiend erscheinen können. Theils endlich würde das Ordel VI, 7, wenn es in die Sphäre des Ordels I, 20 übergriffe, und dem Manne einseitige Verfügungen über das Eingebrachte der Frau erlaubte, von selbst durch das Ordel beschränkt werden.

Resignationenbuch hat nur Fälle von gänzlicher Abtheilung, der Mutter p. 13, 22. 140, 5, des Vaters p. 12, 14, p. 148, 14. S. auch Reimarus S. 446. Endlich ist besonders Falck Schleswig-Holst. Privatrecht 5, 15 darüber zu vergleichen, daß die sogenannte väterliche Aussage, welche übrigens von der Abtheilung eines Kindes vom Mütterlichen noch verschieden ist, aber auf demselben Rechtsgrunde beruht, durchaus nur singuläres Recht einzelner Oerter ist. Kraut Vormundsch. 2, 609 ff.

Digitized by Google

Wenn übrigens Herr Dr. Harder am Schlusse seiner Argumentation hinzufügt, es lasse sich aus keinem Rechtsgrunde die Befugniß der Frau bestreiten, den Kindern gegenüber ihr Eingebrachtes vorwegzunehmen; so dürfte dieser Satz wohl nicht haltbar sein. Es hatte der geehrte Herr seine Hypothese zu rechtfertigen, aber nicht, worüber geständlich die Ordele schweigen, noch erst nachgewiesen zu verlangen. Aus dem pragmatischen Zusammenhange, den ich durch die Begründung meiner Ansichten von dem ehelichen Verhältniß bei unseren Vorfahren nachgewiesen zu haben meine, geht freilich die Rechtfertigung auch selbst jenes Stillschweigens der Ordele genügend hervor; allein sie ist überflüssig, so lange hier blos eine Hypothese zu bekämpfen ist, die erst sich selbst zu rechtfertigen hat. Ein einzelnes Argument gegen die Harder'sche Hypothese ergiebt sich aus dem Ordel III, 17 a. E. Wenn eine Wittwe mit ihren und den Kindern ihres Mannes aus dessen früherer Ehe in ungetheilten Gütern geblieben ist, so soll sie selbst dann das Gut, was sie ihrem Manne zubrachte, nicht etwa allein vorwegnehmen, sondern nur mit ihren Kindern. Es ist hier so klar wie möglich ausgesprochen, daß sie hinsichtlich ihrer Illaten vor ihren Kindern nichts voraus hat.

§ 81.

Fortsetzung.

Es ist besonders in dem letzten Abschnitt der Erörterungen des Herrn Dr. Harder S. 80 ff. über die Haftpflicht der Wittwe für die Schulden klar, wohin es führt, wenn man dies Verhältniß einseitig auffaßt. In der Widerlegung der Cropp'schen Abhandlung habe ich versucht (§ 64 a. E.) umfassendere Gesichtspunkte dadurch auch hier zu gewinnen, daß ich nicht blos die Schulden des Mannes, sondern auch den Fall, wo dieser seine Frau überlebte, ins Auge nahm. Man kann überdies selbst von einem Zirkelschluß das Räsonnement des Herrn Dr. Harder nicht freisprechen, welcher besonders S. 83 hervortritt, wenn daraus, daß die Annahme einer ehelichen Gütergemeinschaft als verkehrt zu bezeichnen sei, gefolgert wird, es habe das Gut der Frau nicht für alle Schulden des Mannes gehaftet. Auch dürfte man wohl eine richtige Auffassung von dem alten Concursrechte vermissen, worüber ich mehrmals bereits Andeutungen gegeben

Digitized by Google

habe. Starb oder entfloh der Schuldner, so trat die Selbstpfändungsbefugniß seiner Gläubiger sofort ein. Ueberall wird daher eingeschärft, daß vor jeglicher Verfügung über den Nachlaß oder vor der Theilung ja zuvor sämmtliche Schulden berichtigt werden müßten, um jenem Rechte zuvorzukommen. Bei diesen Schulden findet sich in den alten Ordelen nirgends ein Unterschied, ob der Mann oder die Frau, ob sie vor oder während der Ehe, ob sie zum Zwecke der Ehe gemacht sind, oder nicht. Wenn der Schulden der Frau nicht besondere Erwähnung geschieht, so mag es sein, weil dieser Fall der seltenere ist, und übrigens heißt es in allen drei hier relevanten Ordelen III, 5. 15 und 17 generell de schult.

Auch der Unterschied, welchen Herr Dr. Harder macht zwischen einer überschuldeten und nicht überschuldeten Masse, findet sich in den Ordelen nicht gerechtfertigt, und weist sich überdies auch nicht als praktisch aus. Wollte der überlebende Ehegatte (auch hierin war die Frau dem Manne völlig gleichgestellt) das Selbstpfändungsrecht der Gläubiger verhindern, so war es seine Sache, sie zuvor zu befriedigen, und er wird dies gethan haben, und durfte es thun, ohne dabei sein Eingebrachtes anzugreifen, in dem Falle von III, 10, wo er dies vorwegnehmen durfte, also in dem Falle unbeerbter Ehe. War aber nicht soviel vorhanden, um einen Ueberschuß zu versprechen, nachdem alle Schulden berichtigt worden: so wird der überlebende Ehegatte sich schwerlich in den Concurs gemischt haben, der von den Gläubigern ohne alles Zuthun von seiner Seite oder von einer Behörde nach Maaßgabe des Ordels VI, 15 ausging (vgl. meine Vortr. 2, 1, 110).

Wie man aber (vgl. Harder S. 85) aus III, 10 folgern kann, die Frau sei fortdauernd als Eigenthümerin ihres Eingebrachten betrachtet worden, erklärt sich nur daraus, daß übersehen wurde, es sollten ja zuvor, d. h. doch ehe von einer Herausnahme des Eingebrachten die Rede sein konnte, die Schulden berichtigt werden. Endlich wird aus I, 20 mit Unrecht geschlossen, die inferirten Immobilien der Ehefrau hätten nicht für die Schulden des Mannes nach dessen Ableben haften können. Es ist darüber von mir schon früher (§ 58) der richtige Aufschluß gegeben worden. Factisch haben auch die Immobilien, auch das Erbgut gehaftet, wie denn Herr Dr. Harder S. 84 selbst aus mehreren Ordelen

Digitized by Google

(IX, 8. 10. 11. 12. 13) schließt, es habe bei uns damals auch das unbewegliche Gut zur Befriedigung der Gläubiger gedient. Um zu verhindern, daß der Mann nicht die Gütergemeinschaft auch nach der Seite derjenigen Güter hin überschuldete, über welche ihm ohne seine Frau keine einseitige Verfügung zustand, dazu waren sowohl der Frau als der Familie rechtliche Mittel gegeben, und wenn sie es unterließ, diese geltend zu machen, so war das Haften der Immobilien der Frau für des Mannes Schulden eine natürliche Folge ihrer Unthätigkeit.

§ 82.

Die Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern.

Auch in diesem wichtigen Abschnitt meiner gegenwärtigen Vorträge muß ich auf die Behandlung aufmerksam machen, welche er in Falck's Schleswig-Holsteinischem Privatrecht 5, 3 ff. gefunden hat, sofern darauf hingewiesen wird, daß auch hier, und hier ganz besonders Natur und Sitte das Gebräuchliche das für Recht Erkannte, mithin die Grundlagen des positiven Rechts bilden. In den häuslichen Verhältnissen machte sich die Autonomie geltend, so weit sie mit der individuellen Freiheit, wie sie von unseren Vorfahren in einem weiten Umfange anerkannt wurde (§ 3. 4), verträglich war. Die Menschenrechte erstreckten sich auch auf die Kinder in einer Ausdehnung, wie sie unser, von Römischen Rechtsbegriffen unbewußt und unwillkührlich beherrschter Rechtsverstand bisher nicht hat begreifen wollen. Das Familienrecht (§ 32. 33) unterwarf selbst die elterlichen Verhältnisse Beschränkungen, welche freilich mit dem orientalischen häuslichen Despotismus unverträglich sind. Es mag zugegeben werden, daß das christliche Element die rechtlichen Keime, welche man als heidnisch Germanisch bezeichnen kann, insofern, als sie damit verträglich waren, befruchtet, sonst aber als fremdartig erstickt hat. Hier ist besonders das Mundium hervorzuheben, wie wir es bereits kennen gelernt haben (§ 34), als Recht und Pflicht des Schutzes und der Vertretung. Wenn Roßhirt in seiner Zeitschrift 6, 1, 106 das Mundium als heidnisch Germanisch bezeichnet, wenn er die Germanische Gewalt des Vaters auf eine Erziehungs- und Versorgungs-Gewalt für des Kindes Vermögen beschränkt, wenn er meint, es sei erst eine christliche

Digitized by Google

Ansicht, daß der Vormund sein Mündel christlich erziehen soll: so ist in allen diesen Sätzen so viel Unhaltbares wie Wahres, so daß man auch die Sätze, welche darauf folgen, nicht zugestehen kann, namentlich daß Unterholzner Recht habe, wenn er die Vormundschaft unter die Verträge ins Obligationenrecht verweist [1]), und den Vormund in der Regel nur als einen gerichtlich bestellten negotiorum gestor betrachten will. Es konnte nicht fehlen, daß das alte Mundium durch christlichen Einfluß eine gemäßigte Gestalt gewann; aber das Wesentliche in dem Verhältniß, das Schutzrecht, blieb, und was die Erziehung betraf, so war es jetzt statt der früheren heidnischen eine christliche, die den Eltern oder den Vormündern oblag.

Vorzüglich hat man sich aber davor zu hüten, nicht die Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern Römisch aufzufassen. Ich bin nicht nur mit Roßhirt darin einverstanden (S. 107), daß das Buch von Rudorf die Römische und Germanische Vormundschaft nicht gehörig auseinander hält; sondern muß noch weiter gehen, und mich dagegen erklären, wenn fast alle Germanisten von einer väterlichen Gewalt reden, und schon durch den Gebrauch des Römischen Kunstworts fremdartige Begriffe in unser vaterländisches Recht hineinzutragen Gefahr laufen. Auch Grimm trifft der Vorwurf, (Deutsche R.-A. S. 455), diese Klippe nicht vermieden zu haben, ebenso Falck a. a. O. Daher ist es gekommen, daß man insbesondre der Ehefrau, der Mutter nicht die ihr zukommende Stelle im Hause bei unseren Vorfahren einräumt. Man muß ganz nothwendig von der, in allen unseren alten Ordelen sich bestätigenden Voraussetzung ausgehen, daß Mann und Frau für alle Rechtsverhältnisse in der Regel als völlig gleichgestellt betrachtet worden sind. Wenn die Sitte die Thätigkeit der Frau besonders nach Aussen hin beschränkte, so waren diese Ausnahmen ohne Einfluß auf ihr übriges Rechtsverhältniß.

§ 83.

Unterschied zwischen dem elterlichen Mundium und der patria potestas.

Die patria potestas war wesentlich auf das Vermögensverhältniß gegründet, und dies der erste Unterschied derselben von

1) S. dagegen Savigny System 1, 343 ff.

Digitized by Google

dem elterlichen Mundium, das zunächst die persönlichen Beziehungen umfaßte. Jene stützte sich auf das durchaus nur nationell Römische Princip der gänzlichen Vermögenslosigkeit des Hauskindes. Den Kindern standen nach Römischem Rechte gar keine active Vermögensrechte zu (Savigny System 2, 55). Ein solches Princip war unseren Vorfahren nicht zum Bewußtsein gekommen, und konnte es nicht, weil sie von der Gewehrgemeinschaft ausgingen, in welcher sich auch die Kinder befanden, ohne daß besondere Rechte derselben während des Bestehens der elterlichen Ehe und ebenso wenig während der Fortdauer der Gemeinschaft zur Rede kamen. Jenes Princip der Vermögenslosigkeit zog die Identität der Persönlichkeit in Hinsicht auf das Vermögen zwischen Vater und Sohn in der Maaße nach sich, daß die Persönlichkeit des Sohnes in der des Vaters unterging. Von einer solchen Personeneinheit, einen ohnehin viel zu künstlichen Rechtsbegriff, war unseren Vorfahren nichts bewußt; sie konnten unmöglich auf solche Fictionen verfallen, weil sie für die Persönlichkeit eine zu große Ehrfurcht hatten, und weil sie durch das Mundium dieselbe nur in der Art begränzten, daß der Vater dadurch den Schutz und die Vertretung des Gewehrrechts nicht blos an der Person, sondern auch an dem Vermögen des Sohnes erlangte. Darum zweifelte man nach altdeutschen Rechten gar nicht an der Möglichkeit und Rechtsbeständigkeit der Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Sohn[1]), und nur bei einzelnen Rechtsgeschäften der Art verlangen die alten Statute die Zuziehung eines besonderen Vormundes (vgl. Ordel von 1270 IV, 6 und darüber unten § 90).

§ 84.

Fortsetzung.

Man würde aber irren, wenn man annehmen wollte, das elterliche Mundium sei weniger umfassend und wirksam gewesen, als die Römische Vatergewalt. Es ist vielmehr weiter gegangen, und mußte weiter gehen, weil es auf dem Grundsatz des Schutzes und der Vertretung sowohl hinsichtlich der Person als des Ver-

1) Eichhorn Rechtsgesch. 1, 400. Mittermaier weist im Deutschen Privatr. § 316 die Statthaftigkeit solcher Rechtsgeschäfte noch in Statuten des sechzehnten Jahrhunderts nach.

Digitized by Google

mögens beruhte, während die patria potestas nur das Princip der Vermögenslosigkeit der unter derselben befindlichen Person begriff, und weiter die Rechtsfähigkeit derselben nicht beengte [1]). Sie war daher ein rein privatrechtliches Verhältniß [2]). Der Sohn konnte nichtsdestoweniger in der Volksversammlung erscheinen, und selbst zu den höchsten Ehrenstellen gelangen, ungeachtet er sich unter der väterlichen Gewalt befand. Ein solches Verhältniß ist mit dem Mundium unvereinbar. Man würde es als ein Uebermaaß von Unnatur angesehen haben, neben der öffentlichen Anerkennung der bürgerlichen Selbstständigkeit die Nothwendigkeit fortbestehen zu lassen, dieselbe Person in ihren Vermögensverhältnissen noch dem elterlichen Mundium zu unterwerfen. Ich muß mit Roßhirt [3]) im Widerspruch behaupten, daß der Vater nach dem Germanischen Verhältniß in gewisser Art allerdings ein ius publicum über die Kinder hatte, indem es unstreitig und ganz natürlich zunächst von seinem Ermessen abhing, die Selbstständigkeit, die Fähigkeit derselben öffentlich anzuerkennen, sich selbst zu wehren und zu vertreten, weil eben dabei nicht grade und nicht allemal die Zahl der Jahre in Betracht kam (§ 35 ff.). Mir scheint daher in das rein Deutsche Recht ein unhaltbarer Gesichtspunkt gebracht zu werden, wenn man das Verhältniß des Raths zum Mundium als ein „Aufsichtsrecht" [4]) auffaßt, irregeleitet durch Römisches Recht. Der Rath hatte als Vertreter der Gemeinde das Recht des Mundium über den Einzelnen, aber nur so fern dieser desselben bedurfte. Er mischte sich aber nicht ein, wenn er nicht gefordert wurde, er beschränkte das ius publicum namentlich des Vaters nicht, hatte kein Aufsichtsrecht, sondern be, der Betheiligte, selbst mußte klagen, wenn er es konnte (1270 V. 3, vgl. § 36 und 38). Nur dann schritt der Rath ein, wenn das Kind nicht schon seinen ehelichen oder gesetzten Vertreter hatte, und in einzelnen Nothfällen dessen bedurfte, vielleicht weil es gar keine Familie hatte [5]). Heineccius

1) Puchta Institutionen 2, 464.
2) Savigny System 2, 52 ff.
3) A. a. O. S. 97.
4) Harder Beitr. S. 21.
5) Bei dieser Auffassung der Verhältnisse fällt alles Ungereimte hinweg, was Harder S. 20 findet, und wird allein Manches erklärlich,

Digitized by Google

(Elementa I, 295. 361 Anm. *)) meint, die väterliche und die derselben analoge Vormündergewalt sei darum größer und erheblicher gewesen, als das Germanische Mundium, weil in Deutschland erst der vom Magistrat bestätigte Vormund die Verwaltung habe übernehmen dürfen, während die Confirmation dazu bei den Römern, ausser bei testamentarischen Vormündern, kein wesentliches Erforderniß gewesen sei. Allein theils übt dieser Umstand auf das Verhältniß des Mundiums selbst keinen weiteren Einfluß aus, zumal da, wo es unmittelbar aus der Ehe, und nicht aus einer obrigkeitlichen Verleihung hervorgeht, theils ist es eben nur die einfache Folge der Germanischen Auffassung, wonach die Obrigkeit als der eigentliche Vormund betrachtet wurde.

Ebenso wenig besteht der Unterschied zwischen patria potestas und Mundium in dem Germanischen Recht des Vaters Wehrgeld zu fordern, worin Zoepfl (Vergleichung der Röm. Tutel und Curatel mit der heutigen Vormundschaft, Bamberg 1828 S. 63) und, wie es scheint, auch Grimm (a. a. O.) eine Eigenthümlichkeit des Mundiums finden. Die patria potestas würde, wäre sie bei den Deutschen ursprünglich gewesen, wegen des Princips der Vermögenseinheit mit jenem Rechte offenbar nicht unverträglich gewesen sein.

§ 85.

Die persönlichen Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern.

Es muß vor allen Dingen hier das bereits (§ 82) erwähnte Princip festgehalten werden, daß das Wesentliche sich durch Sitte und Gebrauch ohne allen legislativen Einfluß autonomisch auch bei unseren Vorfahren gebildet hat. Man darf annehmen, daß bei ihnen von dem heidnischen Recht, Kinder zu verkaufen oder auszusetzen, das nicht einmal eigenthümlich Germanisch war [1]), keine Spur gefunden werden kann, daß aber dagegen auch bei

---

was noch im Verfolg vorkommen wird. Namentlich wird in der Lehre von der Vormundschaft gezeigt werden müssen, daß nicht das Aufsichtsrecht die Deutsche Vormundschaftsbehörde charakterisirte, sondern daß sie der eigentliche Vormund war, dessen Stelle der Vormund nur vertrat, wie dies sich namentlich im Ordel 1270 IV, 6 ausspricht (vgl. § 103).

1) Grimm R. A. S. 455 ff.

Digitized by Google

ihnen das Recht gegolten hat [2]), die Kinder zu züchtigen und zu strafen, das in den l. Wisigoth. ebensowohl den Eltern als den Großeltern eingeräumt wird, und das nicht etwa in dieser oder jener Legislation eines besondern Volks wurzelt, sondern sich überall durch das natürliche Rechtsgefühl rechtfertigt, und daher auch selbst bei den Völkern im Naturzustande sich findet [3]). Aber es bleibt doch immer auffallend, daß ebensowenig über die väterlichen und über die Verhältnisse des Vormundes zur Person des Kindes in unseren alten Ordelen, als namentlich über jenes Züchtigungsrecht eine Spur vorkommt, während dagegen unsere Ordele die Gewalt des Mannes über die Person seiner Frau so umständlich bestimmen (§ 44). Umgekehrt trifft man im Römischen Rechte genaue Vorschriften über das desfalsige Recht des Hausvaters, aber nicht des Ehemannes. Beides erklärt sich aus dem Unterschiede zwischen potestas und manus und dem Germanischen Mundium. Im Römischen Rechte war manus die ursprüngliche Form der Ehe, wodurch das persönliche Verhältniß des Mannes zur Frau wie das eines Vaters zu seinem Hauskinde gestellt war; es genügte, für das Letztere Vorschriften zu erlassen, um damit zugleich das Erstere zu erledigen. Umgekehrt verstand sich in unserem Rechte, wenn das Verhältniß des Mannes zur Frau bestimmt war, das des Vaters von selbst. So kam es, daß erst unter der Herrschaft des Römischen Rechts sich im Statut von 1605 darüber 4, 48 eine Vorschrift findet, wobei jedoch der wesentliche Unterschied gegen die l. 3 C. de patria potest. (8, 47), welche daher Gries 2, 348 mit Unrecht in Bezug nimmt, Statt findet, daß die castigatio zwar als ein ius patriae potestatis bezeichnet wird, welches anzuwenden ist, wenn der Sohn pietatem patri debitam nicht anerkennt, das aber so beschränkt ist, daß, wenn der Vater ein acrius remedium bei fortgesetzter Hartnäckigkeit des Sohnes anwenden will, er sich an den Präses der Provinz zu wenden hat, der desfalls erkennt. Die neuere Praxis hat sich offenbar nach diesem Römischen Recht gebildet [4]), und das Princip der Selbsthülfe und Gewalt, welches

2) Vgl. Mittermaier a. a. O. § 314.
3) Vgl. Zoepfl Vergleichung S. 61 ff.
4) Vgl. auch Klefeker 4, 13.

Digitized by Google

den alten Ordelen über das Züchtigungsrecht des Ehemannes zum Grunde lag, die von keiner gerichtlichen Einſchreitung Etwas erwähnen, verlaſſen und aufgegeben. Urſprünglich ſind aber die Befugniſſe der Eltern in dieſer Beziehung bei uns aus der allgemeinen elterlichen Eigenſchaft, vom Mundium unabhängig, und, wie auch Falck (S. 10) bemerkt, aus ihrem Erziehungsrecht oder vielmehr aus ihrer desfallſigen Pflicht herzuleiten. Man hat auch hier den Irrthum zu vermeiden, den man in unſerer Zeit noch immer nicht aufgegeben, und der auch im Criminalrecht zu vielen Misgriffen den nächſten Anlaß gegeben hat, die Züchtigung und Strafe als das Object eines Rechts, und nicht vielmehr einer Pflicht zu betrachten. Ebenſo iſt es mit der Erziehung überhaupt, welche den Eltern obliegt. Darum und weil dieſe Pflichten oder Rechte ſich nicht an das Mundium oder an die patria potestas, ſondern an die Eigenſchaft der Eltern überhaupt anknüpfen, macht es keinen Unterſchied, ob der Vater oder die Mutter in Frage ſteht. Beiden liegt die Pflicht auf, über die Erziehung ihrer Kinder zu nützlichen Mitgliedern der bürgerlichen Geſellſchaft zu wachen, und weder der Vater noch die Mutter kann ſie ausſchließlich geltend machen, wenn ſie ihm auch gewöhnlich die Execution überläßt (ſ. unten § 95. 96.).

§ 86.

Verheirathung der Kinder.

Nach den über das Mundium (§ 84) gegebenen Aufklärungen läßt es ſich ohne Weiteres annehmen, daß ohne elterliche Einwilligung eine Ehe der Kinder nicht vor ſich gehen konnte. Dieſe Gewalt wird beiden Eltern zuſammen in dem Ordel von 1270 X, 8 (§ 33) beigelegt. Kraut Vormundſchaft vgl. 2, 604 Anm. 6 betrachtet es als ein ganz eigenthümlich Hamburgiſches Recht, welches ſich in keiner mittelalterlichen Quelle des weltlichen Rechts finde, daß auch die Mutter neben dem Vater gefragt werden muß[1]), und daß auch nach dem Ableben der Mutter der Vater an die Zuziehung des Familienraths gebunden iſt. In unſerem

1) Es iſt dies Princip übrigens ſo feſtgehalten bei uns, daß es ſich auch noch unverkennbar im neuſten Statut 2, 11, 1—3 wiederholt findet, obgleich die Faſſung des Art. 3 den Commentatoren (vgl. neuſte Ausg. S. 348 s. v. Eltern) eine Veranlaſſung dargeboten

Digitized by Google

Recht ist dies aber nur eine ganz natürliche Consequenz von der Selbstständigkeit des weiblichen Geschlechts (§ 6) und der Gleichstellung der Eheleute (§ 47), so wie ferner von der Bedeutung der Familie (§ 32. 33.) Man darf in der letzteren Beziehung davon ausgehen, daß das Recht der Eltern bei der Verheirathung ihrer Kinder ein Ausfluß des Rechts der Verwandten, der ganzen Familie ist, welche nicht blos wegen pecuniärer Rücksichten, sondern überhaupt, zumal zu einer Zeit, wo die Familien noch enger zusammenhielten, und dem Staate auch dadurch eine größere Stütze waren, wie heutiges Tages, — bei einer ehelichen Verbindung wesentlich interessirt war und sich wirklich interessirten (vgl. auch § 42). Sobald eins der Ehegatten wegfiel, so trat dies Recht der Familie wieder in seine Stelle ein, und es kam eben deshalb gar nicht in Betracht, wer der Ehegatten überlebte, ob der Vater, ob die Mutter, so wenig als bei ihren Lebzeiten das Beiden gemeinschaftlich übertragene Recht von einem derselben ausschließlich hatte ausgeübt werden können. Beide Ehegatten sind vielmehr auch hier völlig gleichgestellt, ebenso wie in dem Falle des Ordels IV, 7, und fast überall. Will man dies in bürgerlichen Verhältnissen und bei den Künsten des Friedens natürliche Rechte der Gleichstellung beider Ehegatten als singulär für Hamburg ansehen, so muß man wenigstens nicht den Umstand (s. § 33) unerwähnt lassen, daß dies Recht von Stade, Lübeck und Riga namentlich recipirt worden ist.

Dies Recht der Eheleute und des Familienrathes ist der wesentliche Inhalt des Ordels X, 8. Ersichtlich werden die Fragen, ob sich das Recht bei der Selbstständigkeit der Kinder anders modificirt habe, ob das Vorhandensein von Erbgut dabei in Betracht gekommen sei, nur nebenbei berührt, ohne daß sich aus dem Ordel eine Bejahung dieser Fragen entnehmen läßt. Es ist bereits einmal von mir (§ 33) bemerkt worden, daß hier bei einer gehörigen Berücksichtigung des alten Familienrechts in seiner wahren Bedeutung der Mündigkeit der Kinder so wenig als dem Mangel des Erbguts ein Einfluß eingeräumt werden kann.

hat, den Consens des Vaters als genügend anzusehen, seitdem unverkennbar das Römische Recht von der Herrschaft des paterfamilias sich geltend gemacht und den Geist der alten Ordele verdrängt hatte.

Digitized by Google

Harder S. 35 ff. leitet das Recht der Mutter bei der Verheirathung der Kinder aus ihrem Erbgutrecht her. Dieses kann nicht zugegeben werden. Aus dem Consens der mütterlichen Verwandten folgt nichts für das Recht der Mutter selbst, angenommen auch, man hätte bei ihnen das Erbgut berücksichtigt, was ich ja bestreite. Das Argument, welches S. 36 bei der Heirath der Söhne über das Recht dieser Verwandten angeführt wird, ferner das unbeschränkte Recht der Tochter auf wohlgewonnenes Gut, beweisen, daß das Recht der Mutter bei der Verheirathung der Kinder aus andern Gründen herzuleiten ist, und hier kommt zunächst die Stellung der Frauen überhaupt in Betracht, die nicht mit der manus verwechselt werden darf. In dem einen wie in dem andern Falle war das Interesse beider Eltern, so wie der ganzen Familie gleich groß. Man darf nur nicht das Verwandtenrecht so auffassen, als ob sie blos das Beste der Kinder zu erwägen gehabt hätten, und als ob damals, wie jetzt, das Beste der Kinder von dem der Familie überhaupt abzusondern gewesen, und isolirt in Betracht gezogen wäre. Es kam daher aber auch in diesen alten Ordelen nicht wesentlich in Betracht, den Begriff der Familie auf gewisse Personen oder Zweige zu beschränken; es blieb eben auch hier das Genauere unbestimmt, weil die Sitte und Gewohnheit hier das Erforderliche genügend ergänzte [2]).

Darüber kann inzwischen am wenigsten Streit sein, daß eine väterliche Gewalt sich hier in keiner Hinsicht geltend machte. Runde [3]) stellt das richtige Princip auf, daß die mütterlichen Rechte nur durch genaue Prüfung unserer Statute sich bestimmen lassen, und diese Prüfung ergiebt hier auch nicht den leisesten Anklang für die Ansicht, als ob die Heirath der Kinder unter dem Einfluß der Gewalt des Vaters gewesen wäre. Ueberhaupt sollte ich glauben, daß man die Nothwendigkeit der Zustimmung beider Eltern, falls Beide noch leben, bei der Verehelichung der Kinder als Regel wenigstens bei uns Norddeutschen ansehen darf. [4])

---

2) Nach dieser Auffassung dürfte Harder's Räsonnement S. 37 ff. hin und wieder berichtigt werden müssen.

3) Deutsches Privatrecht § 614 zu Anm. b und § 616 zu Anm. b.

4) Vgl. Falck a. a. O. 4, 327, der aber 5, 12 zu Anm. 18 das elterliche Recht auf ein unrichtiges Princip zu gründen scheint, soweit es altdeutsches Recht betrifft.

Digitized by Google

§ 87.

Kloſter.

Das eben erwähnte Ordel X, 8 mit ſeinen Verwandten legt es ebenfalls in die Willkühr beider Eltern, ob ſe ſe to Kloſtere geuen willet. Schon Kraut a. a. O. erwähnt, es ſei dieſer Umſtand bereits 1292 weggelaſſen. Mir ſcheint der Grund davon in dem Ordel von 1270 IV, 1 (ſ. § 36) gefunden werden zu müſſen, weil es von den Kindern abhing, wenn ſie zu ihren Jahren gekommen, das Kloſter wieder zu verlaſſen. Es iſt übrigens damit den Kindern eine Selbſtſtändigkeit eingeräumt worden, welche beſonders von denjenigen Gelehrten muß anerkannt werden, die die Müller-Homeyer'ſche Hypotheſe (vgl. § 35) adoptirt haben, und unter dem Ausdruck to ſinen iaren kumpt nur die Mündigkeit verſtehen. Jedenfalls haben wir hier einen Fingerzeig, der für die Materie des abgeſonderten Haushalts (§ 89) zu benutzen ſein wird.

§ 88.

Pupillar-Subſtitution.

Schon das alte Ordel von 1270 V, 2[1]) giebt den Eltern das Recht by ereme leuende welken voremunt zu geuen edder beſcheden, und bemerkt de ſchal to rechte voremunt weſen na ſtadrechte. Ebenſo 1292 O, 2, 1. 1497 D, 2, 1. Stad. IV, 2 (Puf. I app. p. 189) Rig. 53 (Puf. III app. p. 241) Lub. Cod. Hach. III, 290. Lappenberg Einl. p. LXI hat offenbar das Eigenthümliche unſerer Vorſchrift überſehen, wenn er darin und im Lübiſchen Recht I, 41. II, 97. III, 135 eine Uebereinſtimmung behauptet. Er hätte mit demſelben Rechte ſagen können, es ſei dies gemeines Recht geweſen. Aber dann hätte es um ſo mehr auffallen müſſen, ein beſonderes Ordel in unſerem älteſten Statut, das beſtimmt war, unſer eigenthümliches Recht zu erhalten, und dem Einfluſſe des Römiſchen Rechts zu wehren (Lapp. Einl. S. LXXXVII), zu finden, um nur gemeines Recht zu beſtätigen, und noch dazu mit dem ſeltenen Zuſatze na ſtadrechte, den freilich nur die Reinſtorpiſche Handſchrift hat, und der in allen Parallelſtellen fehlt. Aber das unverkennbar jüngere Lübiſche Statut

1) Es iſt von dieſem Ordel ſchon ſonſt gehandelt, ſ. meine Vortr. 2, 1, 166.

beschränkt das Recht, ebenso wie das Römische auf den Vater, während es in unserem Ordel grade charakteristisch ist, daß es dasselbe den Eltern einräumt.

Dagegen kennt unser Statut von 1270 keine Pupillar-Substitution, keine Ernennung eines Folgeerben, natürlich nicht, weil auch dies Recht ein Ausfluß der väterlichen Gewalt war, welche über das Vermögen der Kinder sich auch noch nach ihrem Tode erstreckte. Wenn sich nicht blos bei uns, sondern auch sonst, wo gemeines Recht gilt[2]), diese Substitutionsbefugniß findet, so bezeichnet Roßhirt[3]) sie mit Recht als einen Ueberrest des Römischen Rechts, der um so mehr befremden muß, weil die Deutsche Sitte von dem Vermögen der Kinder ganz andere Vorstellungen eingeführt hat, als sie sich im Römischen Recht finden.

§ 89.

Abgesonderter Haushalt.

Es sind schon in dem Bisherigen (vgl. besonders § 87) Andeutungen vorgekommen, welche bereits an und für sich darauf führen mußten, auch die Lehre von der s. g. oeconomia separata anders aufzufassen, wie es bisher geschehen ist. Besonders muß dagegen protestirt werden, in diese Materie auch nur den Ausdruck „Emancipation" einzumischen, wie das selbst von Grimm R. A. S. 462 geschehen ist. Mit Recht sagt Falck 5, 49, eine Römische Emancipation ist niemals in Gebrauch gekommen, wenigstens wo rein Deutsches Recht sich hat geltend machen können, da dies Institut ohne eine patria potestas keinen Boden hat. Wir fassen den abgesonderten Haushalt als ein rein Deutsches Recht von dem Gesichtspunkt auf, in wie weit dazu die elterliche Befugniß erforderlich war, und da scheint es dem ganzen elterlichen Verhältniß zu den Kindern, wie wir es bisher kennen gelernt haben, völlig angemessen, zunächst die Entscheidung über die Selbstständigkeit des Kindes, über dessen Absonderung von dem Haushalt und von der Gewehr der Eltern, von der Gemeinschaft, welche mit ihnen besteht, von dem Ermessen der Eltern abhängig zu machen. Dies ist besonders da noch weniger zu bezweifeln, wo, wie auch bei

2) Vgl. Falck 5, 12.
3) A. a. O. S. 97.

uns, ursprünglich nicht grade ein Normaljahr die Selbstständigkeit bestimmte (§ 37. 38.). Noch unnatürlicher erscheint es aber, die Aufhebung des Mundiums von dem abgesonderten Haushalt in der Art zu trennen, daß man die Fortdauer des elterlichen Mundiums annimmt, wenngleich die Selbstständigkeit des Kindes bis zur Absonderung seines Haushalts gediehen war. Es ist das eine juristische Künstelei, für die man in dem einfachen Rechtsbewußtsein unserer Vorfahren keinen Stützpunkt findet. Kraut (Vormundsch. 2, 647 ff. vgl. 600 ff.) scheint mir hier durchaus Unrecht zu haben, wenn er meint, die Aufhebung, wie er sich undeutsch ausdrückt, der väterlichen Gewalt durch Anlegung eines besonderen Haushalts sei erst durch Juristenrecht (communis doctorum opinio) ein geltender Rechtssatz geworden. Mag freilich damals die Sitte es nicht mit sich gebracht haben, daß Kinder sich selbst emancipirten, und eigenmächtig das elterliche Haus verließen, um einen Haushalt für sich anzufangen, so wie dies auch ohne Verheirathung nicht gebräuchlich gewesen sein mag, hierzu aber allemal die Einwilligung der Eltern oder Verwandten (§ 86) erfordert wurde: so würden die Eltern ihre Kinder, wenn wirklich in einzelnen Fällen auch damals die Familienbande weniger eng gewesen wären, nicht haben abhalten können, sobald sie es gleichwohl gethan hätten. Nur waren die Eltern nicht gehalten, ihnen Etwas dazu zu geben, selbst dann nicht, wenn der eine Ehegatte bereits verstorben war (§ 79). Es mag aber in solchen Fällen, wo sich ein Kind von der überlebenden Mutter oder Vater trennte und sich verheirathete, mit ihrer Bewilligung und dem Beirath der Verwandten (X, 8 und § 86) üblich gewesen sein, was Landessitte mit sich brachte (Sachsenssp. 1, 13), und worüber ein bereits (§ 79) erwähntes, hier umständlicher zu betrachtendes Ordel die bei uns eigenthümlichen rechtlichen Bestimmungen enthielt.

§ 90.

Das Ordel von 1270 IV, 6.

Dies Ordel lautet so:

So we sinen sone ofte sine dochter uthgift mit beschedeneme gude, vnde syneme sone ofte siner dochter mit ereme vormunde noget uppe de tyd, vnde men dat tuget mit twen ratmannen, se scholen dar mede besitten, al

were is myn ofte mer den en geboren mochte. Vnde so we in den weren blift, de schal hebben al dat andere gud, dat dar bouene is, sines vader vnde siner moder.

Die verwandten Statute Stad. III, 6 (Paf. I app. p. 187) Rig. 49 (Paf. III app. p. 240) und Lub. Cod. Hach. III, 286 lesen das Ordel ebenso, nur hat das Stader Statut für das Zeugniß zweier Rathmänner, was bei uns auf eine später (§ 103. 104) zu erörternde Eigenthümlichkeit zu beziehen ist, mit goden luden. Merkwürdiger Weise ist das Ordel, welches noch unser Statut von 1276 unverändert beibehalten hat, und das sich in allen Handschriften beider Statute ohne hier erhebliche Varianten findet, schon 1292 F, 6 in den Worten vnde men dat tuget mit twen ratmannen abgeändert, und zwar so:

mach men id tughen mit twen erfsaten luden binnen twen iaren, id ne si dat id mit leue st bestan.

Ebenso 1497 J, 10, wobei die Langenbeckische Glosse die Vermuthung aufstellt, Kinder hätten bei ihrer Verheirathung ihren Antheil an der Gütergemeinschafe fordern können, unvorgreiflich den Rechten der in der Wehre bleibenden Kinder, was ich als eine leere Vermuthung betrachte und entschieden bestreite (§ 79. 89.). Dagegen halte ich es nach meinen Ermittelungen über das Ordel IX, 13, 3 (§ 48) für unzweifelhaft, daß die Worte mit ereme vormunde zu dem alten Ordel bei der Codification des Statuts von 1270 hinzugefügt sind. Das Ordel stammt meines Erachtens aus einer Zeit, wo bei uns das weibliche Geschlecht noch nicht unter beständiger Vormundschaft stand. Nimmt man jene Worte als einen späteren Zusatz, so erklärt es sich, warum dies Ausgeben mit bescheidenem Gute vor zwei Rathmännern geschehen mußte. Diese vertraten das Interesse der Kinder, falls es nothwendig war (§ 79). Die Zuziehung des Familienraths verstand sich nach X, 8 ausserdem von selbst, und konnte hier daher füglich ganz unerwähnt bleiben. Aber man mochte bald einsehen, daß, wenn die Tochter mit einem Vormunde versehen war, die Anwesenheit von zwei Rathmännern überflüssig war, und es läßt sich eben hieraus abnehmen, daß man es voraussetzte, die Kinder, die in der Art ausgegeben wurden, waren damit als selbstständig anerkannt, und bedurften einer besonderen Vertretung bei der Auseinandersetzung mit dem Vater oder der Mutter um so weniger,

Digitized by Google

da die Verwandten zugezogen werden mußten. Deshalb ließ man schon 1292 die Rathmänner weg, und erachtete zum Beweise der Abtheilung einen gewöhnlichen Zeugenbeweis (§ 21) ausreichend. Sonderbar ist dabei der Zusatz, daß dieser binnen zwei Jahren zu führen sei, was sich darauf vermuthlich bezieht, daß nicht immer das bei einer Abtheilung der Art Zugesicherte baar bezahlt werden konnte, weshalb dann die III, 1 (s. meine Vortr. 2, 2, 293) erwähnte Bürgschaft gebräuchlich war, welche aber binnen zwei Jahren [1]) geltend gemacht werden mußte, id ne sy also, dat het dor bede willen ofte dor vruntschop willen mit leue hebben laten stan. Daß diese Worte des Ordels III, 1 in dem fraglichen Artikel 1292 F, 6 buchstäblich gebraucht werden, dürfte meine Auslegung bestätigen.

Nach dem Tode des Vaters oder der Mutter hatten aber dann die in der Wehre gebliebenen Kinder an das abgesonderte Kind keinen weiteren Anspruch, mochte auch der Theil, welcher diesem mittelst einer solchen Abtheilung zugeflossen war, und womit es sich niedergelassen, seinen abgesonderten Haushalt angefangen hatte, mehr betragen, als was jedem der jetzt unter sich theilenden Kinder zufiel.

Aber es dürfte sich durch diese Exegese des alten Ordels IV, 6 mit seinen späteren Modificationen als unzweifelhaft herausstellen, daß, wenigstens ursprünglich, bei einer solchen Ausgabe, bei einem solchen Fortfahren, wie der Ausdruck in dem Ordel III, 13 lautet (s. § 42), nicht grade ein bestimmtes Alter, sondern das allgemeine Ermessen des Publikums oder das besondere des Vaters oder der Mutter in Betracht gezogen sei, weshalb eben auch die Zuziehung der beiden Rathsherren veranlaßt worden sein mag. Was Kraut daher hinsichtlich des bestimmten Alters, als eines Erfordernisses des abgesonderten Haushalts, 2, 649 vorbringt, ist späteres Juristenrecht vgl. S. 654. Auch hier galt das Princip, daß es nicht darauf ankam, wie alt, sondern wie selbstständig das Kind erschien. Das ist auch der Grund, daß in dem Ordel IV, 6 bei dem Sohne, eines Vormundes keine

1) Diese zweijährige Frist für die Einforderung des Brautschatzes schreibt auch das Lübische Recht vor, vgl. Ordel 155 in Michelsens Oberhof Lübecks S. 233.

Digitized by Google

Erwähnung geschieht. Daß übrigens bei uns mit einer solchen Absonderung das elterliche Mundium ein Ende hatte, scheint sich von selbst verstanden zu haben, weil das Kind selbstständig geworden, durch die Absonderung dafür erklärt war, und somit eines weiteren Schutzes nicht bedurfte. Man sieht in unserem Ordel, wie das Scheiden aus der Gewehr, der Anfang eines abgesonderten Haushalts, die Verheirathung wohl wahrscheinlich nach der damals allgemein bei uns herrschenden Sitte zusammengefallen sind. Daß Geschwister in der Wehre geblieben, ungeachtet sie sich verheirathet, darüber weiß ich in unseren ältesten Statuten keine Spur nachzuweisen, so wie auch mit der Absonderung bei uns das elterliche Mundium unstreitig von selbst aufhörte[2]).

Diese Selbstständigkeit wird bei uns auch dann angenommen sein, wenn das Kind zwar nicht abgetheilt ward, aber das elterliche Haus verlies, um anderswo als Dienstbote ꝛc. zu dienen und zu verdienen (Kraut 2, 657 ff.). Bestand dann noch die Gütergemeinschaft entweder mit den Eltern oder mit den Geschwistern, so fand das Princip des Ordels III, 16 (s. Vortr. 2, 2, 256 ff.) Statt, wo, was das Mitglied der Gemeinschaft verdiente, allen Mitgliedern zu Gute kam. Aber von einer Unmündigkeit konnte nicht mehr die Rede sein. Daraus erklärt es sich, daß das Ordel V, 4 gar nicht daran zweifelt, daß, wer dient, ohne Weiteres auch Vormund werden kann, so wie denn auch in allen Ordelen des Stückes VIII Dienstboten durchweg als vollkommen selbstständig handelnd auftreten.

Auch bei uns werden hinsichtlich des abgesonderten Haushalts Töchter nicht anders wie Söhne betrachtet worden sein. Für unsere Verhältnisse entscheidet daher Kraut 2, 658 ff. die desfalls besonders von Neueren angeregte Controverse richtig. Auch hier enthält das Ordel IV, 6 den bündigsten Beweis, das ausdrücklich auch von Töchtern handelt, so wie denn im Stücke VIII zwischen Mägden und Knechten kein Unterschied gemacht wird, unsere Ermittelungen ferner über Kauffrauen damit zusammtreffen (§ 66 ff.), und das älteste Resignationenbuch ebenfalls darauf hinzuweisen scheint (vgl. oben § 79 Anm. 4). Die Tochter trat wie der

2) Dies ist zu Kraut Vormundsch. 2, 591 ff. nachträglich zu bemerken.

Digitized by Google

Sohn [3]) durch die Heirath aus dem väterlichen Mundium heraus, und erlangte damit die von uns bereits nachgewiesene Selbstständigkeit (§ 44 ff.), wobei sich der abgesonderte Haushalt in der Regel von selbst verstanden haben mag, so wie alle etwanigen Rechte des Vaters an der Person und dem Vermögen des Kindes mit der Aufhebung des Mundiums erloschen.

§ 91.

Die Vermögensverhältnisse zwischen Eltern und Kindern.

Auch hier wird man es sich vor allen Dingen klar machen müssen, daß und warum die Grundsätze des Römischen Rechts in dieser Beziehung auf unser Alt-Hamburgisches Recht ursprünglich ohne allen Einfluß gewesen sind. Im Römischen Rechte wird die Materie von der Voraussetzung der Peculien, der Sondergüter der Kinder, beherrscht. Die Lehre von den Peculien, welche sich im Laufe der Zeit bei den Römern ausgebildet hat, gründet sich auf das Princip des alten und noch des Pandektenrechts, daß Alle, welche sich unter fremdem Privatrechte befinden (alieni iuris), kein Vermögen für sich, sondern dasselbe nur ihrem Gewalthaber erwerben können. Das Princip gilt somit sowohl für Frauen, welche sich in manu mariti, in der Gewalt des Mannes, als für Kinder, welche sich in der väterlichen Gewalt befinden. Von diesem Princip der gänzlichen Vermögenslosigkeit dieser Personen hat sich allmälig ein Ausnahmerecht gebildet, und zwar besonders für die Hauskinder. Dies ist die Lehre von den Peculien [1]).

Da man nun bei uns die Regel nicht gehabt hat, da sich selbst von den Kindern nicht sagen läßt, daß sie sich in der Gewält ihres Vaters oder gar ihrer Eltern befunden hätten: so kann auch bei uns nicht jenes Ausnahmerecht als solches existirt haben. Unseren alten Statuten ist daher so lange, als sie sich von dem Einflusse des Römischen Rechts freigehalten haben, die Lehre von Sondergütern der Kinder und dem Nießbrauch des Vaters daran völlig fremd. Was sich Derartiges bei uns finden mag, bildete sich aus der Natur der Verhältnisse. Die Eltern verwalteten Dasjenige, was den Kindern anderwärts zufiel, und

3) Vgl. Kraut S. 660 ff.

1) Vgl. Savigny System 2, 57 ff.

Digitized by Google

hatten, oder sie übten vielmehr den Nießbrauch daran ohne besondere Bestimmungen [2]). Bei der Gemeinschaft, welche zwischen Eltern und Kindern bestand, war der Erwerb der Letzteren Gegenstand derselben Gemeinschaft, war er in denselben Wehren, deren Vertretung den Eltern zukam.

Es verstand sich von selbst, daß bei dem am Ende des funfzehnten Jahrhunderts zunehmenden Einflusse des Römischen Rechts dieses solche Verhältnisse allmälig schärfer regulirte, und daß sich so bei uns die Lehre von den Peculien Eingang verschaffte, ohne jedoch ihre Römische Eigenthümlichkeit, als die eines exceptionellen Rechts, zu behalten. Ich wage es übrigens nicht einmal für unsere heutige Praxis zu entscheiden, ob es sich auch bei uns, wie in anderen Gegenden Deutschlands, namentlich im Oesterreichischen Landrecht [3]), verhält, so daß, was Kinder bei uns erwerben, selbst vom Vater, ihr Eigenthum ist, und der Vater daran nicht einmal den Nießbrauch hat, sondern nur der Verwalter ist, welcher blos, so fern er sie noch ernähren muß, die Ernährungskosten einbehalten darf. Diese an sich widernatürliche Bestimmung läßt sich bei uns schwerlich ohne Weiteres annehmen. So lange nicht eine Absonderung des Kindes, sei es durch Abtheilung, oder durch abgesonderten Haushalt, oder durch Heirath (§ 89. 90), von den Eltern Statt gefunden hat, wird man bei uns den Eltern selbst von dem Vermögen, welches auf den Namen der Kinder geschrieben ist, nicht den Nießbrauch absprechen können.

Ebenso möchte ich behaupten, daß bei uns, ebenso wie in andern Gegenden Deutschlands, was die Kinder von ihren Geschwistern erben, peculium adventitium ordinarium ist, und den Eltern der Nießbrauch daran zusteht (abweichend von Nov. 118). Dagegen ist in Hinsicht auf Dasjenige, was das Kind nicht etwa durch Dienste im elterlichen Hause, sondern sonst durch Fleiß und Arbeit erwirbt, und was nach Römischem Rechte nicht als peculium adventitium extraordinarium betrachtet wird, sondern dem Vater zum Nießbrauche verfällt, dies Römische Recht so widernatürlich, daß wir nicht annehmen können, bei uns habe

2) Klefeker 4, 8.
3) Pfeiffer's prakt. Ausf. 2, 189 ff.

Digitized by Google

es jemals ſich geltend gemacht. Pathengeſchenke werden bei uns dagegen insgemein den Eltern gegeben, um die Koſten der Taufe zu beſtreiten, und würde ich daher die bekannte Streitfrage [4]) bei uns dahin entſcheiden, daß ſie, ſofern ſie nicht von den Eltern ſelbſt, oder mit beſonderen Beſtimmungen erfolgen, mindeſtens als adventitium ordinarium angeſehen, und der Nießbrauch davon den Eltern zuſtehen muß.

Dieſer elterliche Nießbrauch kann bei uns nur angenommen werden bis zu der Zeit, wo das Kind einen abgeſonderten Haushalt anfängt (§ 89).

Dagegen iſt auch uns, wie dem Deutſchen Rechte überhaupt, das Verhältniß des Vaters zur dos profectitia, wonach dieſe nach der Ehe allemal an den Vater zurückfiel, fremd [5]).

§ 92.

Dienſte der Kinder.

Roßhirt [1]) ſtellte die Anſicht auf, die Germaniſten hätten ſich in der Lehre von dem Erwerb der Kinder durchaus auf Römiſches Recht beziehen und lehren ſollen, das Kind habe nur dann Anſpruch auf Geſindelohn, wenn es ſich förmlich und ausdrücklich in den Dienſt ſeiner Eltern begab. Dies ſcheint mir unrichtig. Das neuere Römiſche Recht der l. 6 C. de bonis quae liberis (6, 61) baſirt ſich noch vollkommen auf die patria potestas, und geht davon aus, daß ſich das Kind darin befindet, iſt alſo auf unſere Zuſtände, denen die väterliche Gewalt des Römiſchen Rechts fremd iſt, unanwendbar. Bei uns iſt es vielmehr, wie Mittermaier richtig anerkennt [2]), eine reine Thatfrage, es kommt bei ihrer Beantwortung lediglich auf die Umſtände des concreten elterlichen und häuslichen Verhältniſſes an, und es läßt ſich darüber eben ſo wenig eine allgemeine Regel aufſtellen, als die Verhältniſſe in den verſchiedenen Familien und Haushaltungen überall mit einander übereinſtimmen. Von der Art von Herrſchaft, welche die Eltern in dem concreten Hauſe

4) Thibaut Pandektenr. § 364.
5) Roßhirt Zeitſch. 6, 1. 95.
1) A. a. O. S. 102.
2) Deutſches Privatr. Ausg. 4 § 317. Vgl. Ausg. 72, 290. zu Anm. 12.

Digitized by Google

ausüben, hängt auch heutiges Tages noch oft die Entscheidung der Frage zunächst ab, wiewohl sich nicht sagen läßt, daß dieser Umstand allein entscheidet, da es nicht blos auf die Art des häuslichen Regiments, welches in dem speciellen Hause Statt findet, ankommt, sondern auch die an dem Orte oder in der Gegend herrschende Volksansicht ihren Einfluß ausübt. Von einem gemeinen Deutschen Rechte kann hier eben so wenig die Rede sein, als von dem Römischen Recht.

Uebrigens fragt es sich bei uns, ob nicht das bereits oft (§ 5. 27. 34. 55. 59. 68) allegirte Ordel von 1270 III, 16 viele Fragen, welche wir hier den concreten Umständen anheimgeben, namentlich über die Schulden des Kindes, über die demselben gemachten Schenkungen, über seine contractlichen Verhältnisse mit den Eltern, für unsere Vorfahren genügend entschied, und sich hier das allgemeine Princip der Gemeinschaften geltend machte, wynnet se wat, dat is erer aller vrome, vnde verleret se wat, dat is erer aller schade [3]).

§ 93.

Das Ordel von 1270 III, 7.

Die Vermuthung, daß das Ordel III, 16 auch für die Vermögensverhältnisse zwischen Eltern und Kindern dürfte normativ angesehen worden sein, gewinnt durch ein anderes Ordel von 1270 Stärke, welches wir hier einer umständlicheren Betrachtung unterwerfen müssen.

Es heißt III, 7, und ebenso 1292 I, 7, 1497 E, 23 (1605 ist es weggeblieben), ferner Stad. II, 7 (Puf. I app. p. 180) Rig. 33 (Puf. III app. p. 234) und Lub. Cod. Hach. III, 275 (vgl. oben § 45):

So wanne gud vppe kindere eruet wert, vnde is der kindere welk de ereme dinge unrechte doet, vnde it

3) Das Princip des Ordels III, 16 wird speciell hinsichtlich der Erbschaften, Gaben oder des Gewinnstes nach dem Tode eines Ehegatten bestätigt durch das Lübische Recht Cod. Hach. II, 37. III, 68. 160 vgl. Pauli Abh. 2, 147. — Die Langenbeckische Glosse zum Statut von 1497 E, 7 (Lappenb. S. 218) bemerkt, die Bursprache bescheide, wem der Kinder Gewinnst gehöre. Unsere Bursprachen von 1594 und 1596 enthalten Nichts darüber.

Digitized by Google

deme rade witlik wert, dat kynd ne schal des gudes nicht weldich syn al wente in de tyd, dat it syneme dinge rechte deit. Vnde de anderen kindere scholen des gudes weldich syn, de ereme dinge rechte dut.

Ich halte dies für die richtige Lesart. Die Bremersche Variante ne schal sines gudes für ne schal des gudes scheint mir aus einer späteren Zeit herzurühren, wo man den Fall nicht mehr in seiner ursprünglichen Fassung nahm. Es wird hier vorausgesetzt, Gut sei auf Kinder vererbt worden: bei Weitem der häufigste Fall, wiewohl es mir nicht gegründet scheint, das Princip des Ordels auf diesen Fall zu beschränken, und es nicht auf Gut, was Kinder anderweitig erwerben, anzuwenden. Sodann wird angenommen, eins der Kinder thue seinem Dinge Unrecht, führe eine unordentliche Wirthschaft, verthäte das Gut mit vnnutter kost ofte mit vnkuscheit ofte vordobelde, wie es III, 16 heißt. Ferner wird der Fall so gedacht, daß die Kinder mit einander ein auf sie vererbtes Gut in Gemeinschaft haben.

Darüber scheint in einem solchen Falle gar kein Zweifel Statt gefunden zu haben, daß unter gewöhnlichen Verhältnissen die Kinder Gewalt über ein solches Gut gehabt haben [1]). Von dem Rechte des Vaters dabei ist keine Rede, eben so wenig von der mit dem Vater oder der Mutter bestehenden Gütergemeinschaft, und ferner nicht vom Mundium. Es muß also auch hier ein abgesonderter Haushalt angenommen werden, der in Folge der Erbschaft eingetreten war, und die Selbstständigkeit der Kinder bedingt. Dabei läßt sich die Möglichkeit nicht zurückweisen, daß dieselben Kinder noch nicht vom überlebenden Parens abgetheilt waren, wiewohl es in solchen Fällen mag gebräuchlich gewesen sein, und sich also von selbst verstanden haben, daß, um einen abgesonderten Haushalt errichten zu können, die Kinder zugleich nach IV, 6 werden erklärt haben müssen, daß ihnen noget sei up de tyt. Wären sie aber nicht abgetheilt gewesen, so würde hier ein Fall vorliegen, daß sich Kinder in zwei Gemeinschaften befunden hätten, theils mit dem überlebenden Parens, theils unter sich, was in Todesfällen ganz eigenthümliche Wirkungen nach sich gezogen haben müßte.

1) Ueber den Ausdruck weldig vgl. meine Vortr. 2, 2, 191, 192.

Digitized by Google

Wenn nun in einer solchen Gemeinschaft der Kinder eins von ihnen seinem Dinge Unrecht that, so kam es wiederum darauf an, daß dies dem Rath wißlich war [2]). Auch hier trat der Rath [3]) dazwischen, und mußte dem Kinde so lange die Gewalt über das Gut entziehen, bis dasselbe wieder seinem Dinge Recht that, es mußte also vorausgesetzt sein, daß es auch sonst in Verhältnissen stand, wo es Gelegenheit geben konnte zu bethätigen, ob es seinem Dinge Recht oder Unrecht that. Man darf hieraus vielleicht schließen, daß ein solcher Fall nie anders vorgekommen sein mag, als daß solche Kinder gänzlich abgesondert waren, und somit ihren Haushalt für sich hatten.

Dann sollte aber nicht etwa dem Kinde ein besonderer Vormund, wie wir es nennen würden, ein curator prodigi gesetzt werden; sondern die übrigen Kinder sollten über das Gut allein die Gewalt haben. Man sieht also auch hier, daß das Ordel aus einer Zeit stammt, wo das Vormundschaftswesen noch nicht kann irgend ausgebildet gewesen sein, wo wenigstens nicht einmal dann, wenn Jemand unfähig war, seinem Dinge gehörig vorzustehen, ihm ein Vormund gesetzt wurde. Auch muß es bemerkt werden, daß das Ordel zwischen den Geschlechtern nicht unterscheidet, also auch hier ein Fall anzunehmen ist, wo selbst eine unverheirathete Tochter ohne Vormund Gewalt über ein solches Gut gehabt hat.

§ 94.

Fortsetzung.

Dies Verhältniß der Kinder unter sich nach dem Tode eines Parens, falls sie in einer Gemeinschaft sich befinden, und die Entscheidung des Falles im Ordel III, 7 giebt mir Veranlassung, mich hier über einige Fragen auszusprechen, welche zum Theil sehr controvers sind, oder wenigstens anders beantwortet werden müßten, wie das bisher geschehen ist.

---

2) Ueber diesen Ausdruck s. oben § 22.

3) Im Lübischen Recht findet sich in einigen Handschriften die Variante dar des den frunden dunket vnde dem rade. Es versteht sich von selbst, daß in solchen Fällen der Verwandtenrath ebenfalls zutreten durfte, oder vom Rath zugezogen worden ist.

Digitized by Google

Nach dem Ableben eines Ehegatten dauerte bis auf Weiteres bei uns zwischen den Ueberlebenden und seinen Kindern die Gemeinschaft fort. Wenn nun eins von diesen Kindern sich verheirathete, ohne von dem Ueberlebenden abgesondert zu werden, was war das für ein Recht an der Gemeinschaft, welches das Kind in seine Ehe brachte?

Unsere alten Ordele entscheiden die Frage gar nicht. Es scheint mir, daß sie auf der Voraussetzung zu Werke gegangen sind, es habe niemals eine solche Heirath ohne gänzliche Absonderung von elterlicher Gemeinschaft Statt gefunden (§ 89. 90). Auch in dem Ordel III, 16 scheint mir angenommen werden zu müssen, daß von der Gemeinschaft unverheiratheter Geschwister die Rede ist.

Da wo aber, wie bei uns (§ 49 ff.), die eheliche Gütergemeinschaft besteht, und ein Kind nach dem Tode des einen Ehegatten sich verheirathet, ohne etwa gänzlich abgesondert zu sein, ist es nicht etwa ein Erbrecht oder eine ideelle Quote an der Gemeinschaft, welche das Kind in seine Ehe dann inferirt. Beim Herausscheiden eines Genossen aus der ehelichen Gemeinschaft tritt nach den Ansichten unserer Vorfahren über die Verhältnisse nach dem Tode, welche wir in den Vortr. 2, 2, 307 ff. entwickelt haben, nicht ein Erbrecht ein, sondern die übrigen Genossen bleiben in dem Verhältniß der Gemeinschaft zu einander, gleich als ob der Verstorbene niemals darin gewesen wäre. Eben so wenig steht einem Genossen während der Dauer der Gemeinschaft nach meinen Ermittelungen über die Natur der Rechtsverhältnisse einer Gütergemeinschaft bei unseren Vorfahren (vgl. Vortr. 2, 2, 252 ff.) ein aliquoter Theil an der Gemeinschaft zu. Erst wenn eine Auseinandersetzung eintritt, kommen bei der ehelichen Gemeinschaft nach dem Ordel III, 10 (§ 59. 61) ideelle Theile in Frage, vorher nicht. Hiernach entscheidet sich die auch von Pauli Abh. 2, 150 ff. untersuchte Controverse, ob die sogenannte Statutarportion des überlebenden Ehegatten auch von dem ideellen Antheile des verstorbenen Ehegatten an dem ungetheilten Sammtgute habe gefordert werden können, worin dieser mit seinem Vater oder seiner Mutter gesessen, oder ob diese Quote ausschließlich den Erben des überlebenden Ehegatten zugefallen sei? Wenn das nicht abgetheilte Kind heirathete, so fiel in dessen Güter-

Digitized by Google

gemeinschaft mit seinem Ehegatten ein ideeller Theil an dem Gesammtgute, in dem er mit seinem Parens geblieben war, darum nicht, weil ihm ein solcher nicht zustand, und war es ausgegeben mit bescheidenem Gute, und hatte sich begnügt, so schlossen die in der Wehre gebliebenen Kinder das ausgegebene Kind gänzlich aus, so daß dann auf die etwanigen Kinder dieses ausgegebenen Kindes nicht bei der dereinstigen Auseinandersetzung des großelterlichen Sammtgutes concurrirten. Hierauf ist zu ermessen, in wie fern ich mit Cropp Abh. 2, 576 und Pauli Abh. 2, 156 hier differire.

Ebenso wird das Vorstehende genügen, um nachzuweisen, welche Abweichungen meine Auffassung dieser Verhältnisse von derjenigen Falck's Schlesw. Holst. Privatr. 5, 12 ff. hat. Es scheint mir die dort Anm. 21 aus dem Jütschen Lov. allegirte Stelle meine Ansicht zu bestätigen, wenn es dort heißt, bei der elterlichen Gütergemeinschaft werde ein Kind, das sterbe, angesehen, als sei es niemals geboren. Man kann daraus nicht mit Falck herleiten, daß ein solches Kind kein selbstständiges Vermögen erwerben könne. Damit ständen unser Ordel III, 7 (§ 93) und die Fälle im ältesten Resignationenbuche im Widerspruche, wo sowohl der Vater als die Mutter, ja die Eltern Beide ihre Kinder bei Resignationen hinzuziehen. Auch stritte damit das allgemeine Verhältniß zwischen Mitgliedern von Altdeutschen Gemeinschaften. Was aber dem Kinde bei einer Abtheilung aus der prorogirten Gütergemeinschaft zufällt, kann nicht als Erbtheil oder als Erbschaft betrachtet werden, sondern es kommt ihm als selbstständigen Mitgenossen der Gemeinschaft zu.

Daß die Kinder für die Schulden der überlebenden Wittwe nicht, so weit die gemeinschaftlichen Güter reichen, haften sollten, folgt aus diesen allgemeinen Grundsätzen eben so wenig als aus der dunkeln Inscription bei Pauli Abh. 2, 143.

§ 95.

Die Rechte der Mutter.

Es ist diese Materie auch in Beziehung auf das ältere Deutsche Recht in neuerer Zeit gründlich erörtert worden. Namentlich glaube ich hier die Bemerkungen von Cropp in einer Ab-

Digitized by Google

handlung, überschrieben potestas der Mutter über ihre Kinder in Abh. I, 283 ff., von Kraut Vormundsch. 2, 669 ff., und von Falck Schlesw. Holst. Privatr. 5, 22 ff. erwähnen zu müssen. Harder Beitrag S. 13 ff. hat sich speciell gegen die Annahme des mütterlichen Mundiums in Hamburg erklärt.

Nach meinen bisherigen Betrachtungen unseres älteren vaterstädtischen Rechts drängt sich auch für die vorliegende Materie unabweislich das Resultat auf, daß, wie überhaupt das weibliche Geschlecht bei uns ursprünglich eine besonders große Selbstständigkeit gehabt hat (§ 6 u. öfters), man Anfangs von einer beständigen Unmündigkeit desselben nichts gewußt (§ 48), dies Princip erst in der Codification von 1270 sich mittelst der Legislation bei uns Eingang verschafft (§ 48), und namentlich auch die Ehefrau mit dem Manne vollkommen gleiche Rechte in allen Beziehungen, wo die Sitte es gestattete, genossen hat (§ 44 ff.), so auch der Mutter nach dem Ableben des Vaters dieselben Rechte zustanden, wie dem Vater nach ihrem Ableben. Unsere alten Ordele sprechen es bestimmt aus V, 2, daß wer von den Eltern bei ihrem Leben den Kindern zum Vormunde gegeben oder beschieden wird, zu Recht Vormund sein soll. Nach dem Ableben der Frau ist der Mann eben so streng als nach seinem Ableben sie an den Familienrath gebunden, wenn ein Kind verheirathet oder ins Kloster gethan werden soll X, 8 (vgl. § 33). Die Ausstattung und Absonderung eines Kindes wird IV, 6 regulirt, ohne daß zwischen Vater oder Mutter unterschieden wird (§ 90). Ebenso werden bei der Abtheilung IV, 7 Wittwer und Wittwe ganz gleichgestellt, und so sind durchaus alle Bestimmungen über die Rechte der Eltern bei ihren Lebzeiten und nach dem Tode eines derselben für Beide ohne Unterschied. Selbst im Falle einer kinderlosen Ehe, wo das Aufsichtsrecht des nächsten Erben III, 14 gegen die Wittwe auf eine für sie möglichst schonende Weise regulirt wird, sieht man ausdrücklich hinzugefügt: Anders ne schal he nene wolt an deme gude hebben. Auch bietet ein Fall im ältesten Resignationenbuch, wo Jemand sich die Vormundschaft einer Mutter bei Vergabungen zu Gunsten ihrer Kinder verbittet, (mater puerorum in his bonis tutrix esse non debet) ein entschiedenes Argument, daß ihr in den gewöhnlichen Fällen dies

Digitized by Google

Recht nicht habe streitig gemacht werden können (p. 175, 32) [1]), so wie unzählige Fälle daselbst sich finden, in denen die Wittwe trotz dem, daß sie Kinder hat, selbstständig resignirt, und sich selbst mit ihnen auseinandersetzt, ohne daß der Zuziehung von Vormündern gedacht wäre (§ 75).

Ja wir haben sogar zwei Bestimmungen, worin der Frau und Wittwe ganz besondere Vorrechte in Beziehung auf letztwillige Vergabungen eingeräumt werden IV, 2 u. 4 (vgl. oben). Sonderbar ist es freilich, daß in dem ersten Ordel die Wittwe, was sie selbst gewonnen hat, nur vor dem Rathe vergaben darf. Es scheint schon aus dieser Beschränkung zu folgen, daß hier von einer kinderlosen Wittwe [2]) die Rede ist, und daß sie ohne Familienrath disponiren will. Dies wird durch den Gegensatz klarer, daß sie über Erbgut ohne Erlaubniß der Erben nicht verfügen darf, wonach auch dem wohlgewonnenen Gut ein weiterer Umfang unterzulegen ist, als die obigen Worte an sich im Munde führen. Die Erwähnung des Vormundes erscheint auch hier als eine Interpolation, die sich vom Jahre 1270 datirt, und um so wunderlicher sich ausnimmt, da das Ordel IV, 4 des Vormundes nicht gedenkt, ungeachtet auch die dort der Frau gestattete Vergabung zum Theil ebenso viel umfassend ist, als die des Ordels IV, 2.

§ 96.

Fortsetzung.

Cropp bringt gleich von vorn herein in diese Betrachtung einen schielenden Gesichtspunkt, indem er von einer potestas der Mutter spricht. Wir haben uns davon überzeugt (§ 34), daß auch dem Vater bei unseren Vorfahren keineswegs die Römische potestas über seine Kinder zustand, und daß sowohl das eheliche (§ 39. 40) als das väterliche (§ 83. 84) Mundium sich auf die Pflicht des Schutzes und der Vertretung in allen solchen Fällen beschränkte, wo es die Sitte mit sich brachte. Wenn nun

1) Auch Grimm R. A. S. 466 erkennt es unter Bezugnahme auf die Gesetze der Westgothen an, daß schon frühzeitig der Mutter die Vormundschaft über die Kinder eingeräumt worden ist. Vgl. Kraut I, 55.

2) A. M. Pauli Abh. 2, 140.

Digitized by Google

bei uns ursprünglich die Sitte selbst die öffentliche Selbstthätigkeit der Frauen nicht beschränkte, so kann es um so weniger einem Zweifel unterliegen, daß die Wittwe nicht sollte über ihre Kinder ein Mundium ausgeübt haben. Das Argument Cropp's S. 292, dessen sich auch Falck S. 23 für das Jütsche Lov bedient, und wonach eine Mutter darum nicht sollte Vormünderin ihrer Kinder gewesen sein können, weil sie selbst unter Vormundschaft stand, muß somit verworfen werden. Daher muß denn auch Kraut 675 ff., wenn er gleich behauptet, es habe schon frühzeitig unter denjenigen Deutschen Rechtsquellen, die sich vom Römischen Einfluß freigehalten, eine Verschiedenheit obgewaltet, einräumen, daß eine große Anzahl dieser Rechte (vgl. S. 675 Anm. 15 ff.) die mütterliche Vormundschaft stillschweigend oder ausdrücklich anerkennt.

Wenn Cropp S. 293 meint, das Mundium über die Kinder habe nach dem Ableben des Vaters den Verwandten obgelegen, so stellt sich für Hamburg aus dem Ordel X, 8 (§ 95) ein ganz anderes, ein für beide Eltern völlig gleiches Verhältniß in Beziehung auf die Verwandten heraus, und man wird es sich nicht verbergen können, daß dies Ordel viel natürlichere Grundsätze enthält, als diejenigen, welche Cropp als Altdeutsches Recht betrachtet.

Daß die mütterliche Autorität nicht habe die dem Kinde mangelnde Rechtsfähigkeit bei der Eingehung von Rechtsgeschäften ergänzen können, ist eine Ansicht Cropp's, welche ganz auf Römischem Rechtsboden wurzelt, und später ihre Widerlegung finden wird (§ 98).

Ebenso wenig läßt sich Cropp beipflichten, wenn er S. 296 ff. annimmt, wo die Rechte die elterliche Einwilligung bei der Verheirathung der Kinder verlangten, da habe die des Familien-Oberhaupts genügt. Es ist dies ganz willkührlich, und wenigstens mit unseren Ordelen unvereinbar.

Endlich giebt es namentlich für unser topisches Recht zu der Suppostion, als ob die mütterliche Vormundschaft, welche noch heutiges Tages anerkannt wird, dem Römischen Rechte ihr Dasein verdanke, gar keinen haltbaren Grund. Denn theils enthält unser ältestes Recht, als dem Römischen Rechte noch aller Einfluß fehlte, unverkennbare Spuren von diesem mütterlichen Rechte; theils würde es dann fast ungereimt erscheinen, daß

Digitized by Google

selbst die Mutter als Vormünderin noch gegenwärtig nur mit einem Curator versehen auftreten kann. Ueberhaupt ist es schlimm, daß unsere Rechtsgelehrten auch hier sich vom Römischen Rechte nicht loszureißen vermögen. Auch Roßhirt steht (Zeitsch. 6, 1, 105), wo er von den Rechten der Mutter nach Germanischem Systeme redet, viel zu sehr auf Römischem Rechtsboden. Daher kommt es, daß er ihr ausser dem natürlichen Rechte der Erziehung keine bessere Rechte einräumt, als nach Römischem Rechte, und folglich nicht zugestehen will, daß nach vielen Stadtrechten Mann und Frau sich völlig gleich standen, und somit, wenn jener starb oder sonst ausschied (vgl. § 95) die Frau dieselben Befugnisse, wie er, auch hinsichtlich der Kinder, und zwar nicht etwa an seiner Statt, sondern durchaus selbstständig, und nur, weil er eben weggefallen war, ausschließlich ausübte.

§ 97.

Entstehung und Ende der elterlichen Verhältnisse zu den Kindern.

Es bleibt nur noch zum Beschlusse übrig, hier einige Bemerkungen hinsichtlich des Ursprungs und Aufhörens der bisher betrachteten elterlichen Rechte hinzuzufügen.

Diese Rechte wurzeln auch bei uns nur in dem ehelichen Verhältnisse. Der unehelichen Kinder gedenken unsere Statute nicht einmal (vgl. oben § 5), wie dies doch im Lübischen Rechte I, 11. II, 7. III, 139 der Fall ist. Es war unserem topischen Rechte unverkennbar nur und allein darum zu thun, die ehelichen Beziehungen festzustellen. Die unehelichen mögen der Natur und dem sittlichen Gebrauche anheimgegeben sein, später hat nur das Römische Recht die Bestimmungen des Rechts hinzugefügt, welche daher auch durchaus danach festgesetzt werden müssen.

Ebenso fremd sind unseren Statuten die Römischen Institute der Adoption und Arrogation, ebenso der Legitimation. Nur bin ich nicht der Meinung Falck's 5, 35 Anm. 34, wenn er die Legitimation, die man jetzt minus plena nennt, und wodurch die Anrüchtigkeit unehelicher Kinder in so weit aufgehoben wird (vgl. Thibaut Pand. § 246), daß das Kind in Zünfte und in den Priesterstand aufgenommen werden kann, im Widerspruch mit dem Sachsenspiegel I, 16, 1 findet. Wenn der Spiegler

Digitized by Google

dort vom angebornen Recht spricht, und daß Niemand ein anderes erwerben könne, so habe ich bereits früher (§ 4) erörtert, wie das zu verstehen ist.

Das Verhältniß zwischen Pflegeltern und Pflegkindern wird gleichfalls in unseren alten Ordelen nirgends berührt, blieb also lediglich dem Gebrauch und der Praxis überlassen.

Was die Beendigung der elterlichen Verhältnisse zu den Kindern betrifft, so wird auch noch von dem neusten Bearbeiter dieser Materie (Kraut Vormundschaft 2, 643 ff.) dadurch wenigstens für den Rechtszustand unserer Vaterstadt und ihr rechtlich verwandter Städte in die Lehre ein verleitlicher Standpunkt gebracht, wenn man hier von der Aufhebung der väterlichen Gewalt redet. Mir scheint selbst für unser neustes Recht die Römische Lehre von der väterlichen Gewalt ganz zurückgewiesen werden zu müssen (§ 83. 84). Es reducirt sich vielmehr Alles hier auf die Frage, wodurch wird das elterliche Mundium beendigt? Von einer Emancipation, welche die väterliche Gewalt des Römischen Rechts wesentlich voraussetzt, kann somit nicht die Rede sein. Ursprünglich kam es, wie dies nach meinen früheren Ermittelungen (§ 34 ff.) ausser Zweifel ist, wesentlich Alles auf die Beurtheilung der Eltern, der Verwandten und endlich des Raths an, um zu bestimmen, daß ein Kind mündig sei, und selbstständig handeln dürfe. Eine bestimmte Förmlichkeit, eine besondere Erklärung scheint nicht erforderlich gewesen zu sein. Dagegen war Verheirathung und abgesonderter Haushalt von der Genehmigung der Eltern, und, falls nur noch der Vater oder die Mutter am Leben war, auch der Verwandten erforderlich nach X, 8 (§ 33. 86. 89). Wenigstens ursprünglich war es ein bestimmtes Alter nicht allein, welches über das Aufhören des Mundiums entschied, und somit war das moderne Institut der venia aetatis (vgl. darüber unsere Revidirte Vormundschafts-Ordnung von 1838 Art. 66 ff.) unbekannt. Als späterhin ein bestimmtes Normaljahr immer mehr anfing über die Mündigkeit zu entscheiden, da wird das elterliche Rechts-Verhältniß zu den Kindern wohl auch erst durch den abgesonderten Haushalt bei den Söhnen und durch die Verheirathung bei den Töchtern, gewiß auch durch das Aufhören des gemeinschaftlichen Gewehrverhältnisses sein Ende erreicht haben. Mir scheint für unsere Stadt

Digitized by Google

die Behauptung gar nicht zweifelhaft, daß die Anlegung einer separirten Oekonomie, und der Eintritt in fremden Dienst dem elterlichen Mundium ein Ende machte. Nach den damaligen strengeren Ansichten von dem Familienverbande und der Stellung der Eltern unterlag es wohl auch in der Praxis ursprünglich keinem Bedenken, daß ohne elterliche Zustimmung so wenig ein abgesonderter Haushalt als eine Heirath zu Stande kam, und mag ein Streit zwischen Eltern und Kindern über solche Fragen, wie sie jetzt leider oft auch die Behörden beschäftigen, für undenkbar gehalten worden sein. Gestattete man übrigens der Tochter die Anlegung eines abgesonderten Haushalts — ein Fall, der wohl ohne ihre Verheirathung zu den seltensten gehört haben, und etwa nur bei Kauffrauen (§ 66 ff.) vorgekommen sein mag, so scheint das Aufhören des elterlichen Mundiums ebenso davon Selbstfolge gewesen zu sein, wie ihr Eintritt in fremde Dienste dasselbe bewirkte. Damit erloschen dann alle rechtlichen Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern, so weit das Mundium sie bestimmt hatte, und es ist kein Grund gedenkbar, hier Ausnahmen zu supponiren.

§ 98.

Vormundschaft.

Allgemeine Gesichtspunkte.

Wenn man gleich Falck [1]) darin beipflichten muß, daß Pflege und Schutz der, wegen ihrer Jugend, wegen Geistesschwäche oder Geistesleiden hülflosen Personen in der Natur menschlicher Verhältnisse gegründet ist: so braucht darum ein besonderes Rechtsinstitut, welches sich dieser hülflosen Personen annimmt, doch selbst in einem sonst geordneten Staate nicht grade von Alters her vorausgesetzt zu werden. Auch hier macht sich im Staate die Sache von selbst; die Familie, das Haus sorgte ohne Weiteres für Pflege und Schutz. Bei dem großen Umfange des Einflusses und der Rechte der Verwandtschaft in unserer Stadt (§ 32. 33) läßt sich dies vollends nicht bezweifeln. Zunächst waren die Hülflosen aber unter allen Verhältnissen auf ihre Angehörigen angewiesen; es verstand sich daher von selbst, daß der

1) Schlesw. Holst. Privatr. 5. 53.

Digitized by Google

Staat erst da einzuschreiten hatte, wo es die Sitte oder ein einzelner besonderer Nothfall gebot. In der Regel bedurften solche Hülflose eines Vertreters, einer Person, die ihre Rechte versah oder wahrnahm, gar nicht. Eine Vormundschaft ist für die meisten Personen der Art überflüssig. Erst wenn besondere Rechte, namentlich Vermögensrechte derselben angefochten wurden, oder sonst in Betracht kamen, wenn öffentliche oder sonstige Handlungen, bei denen die Sitte oder die Natur selbst solche Personen verhinderte, sie selbstständig vorzunehmen, vor sich gehen sollten, oder wenn Behörden von den Hülflosen selbst angegangen wurden, werden sie eingeschritten sein. Hält man diesen Gesichtspunkt nicht fest, so bleibt der unvollkommene Zustand des Vormundschaftwesens in unseren Städten, selbst in Hamburg bis in das gegenwärtige Jahrhundert hinein, räthselhaft, es bleibt unbegreiflich, wie es möglich gewesen ist, sich so lange hier mit einigen dürftigen Rechtsbestimmungen zu helfen, und alles Uebrige der Sitte und dem Gebrauch zu überlassen.

Was insbesondere Kinder anbetrifft, so hatten sie in dem elterlichen Mundium ihren rechtlichen Schutz. Nur wenn ihre beiden Eltern verstorben waren, konnte bei vorhandenem Vermögen die Nothwendigkeit und das Bedürfniß ihrer Vertretung in Frage kommen. Schon früher trat der Familienrath ein mit seinen Rechten und Verbindlichkeiten. Auch hier mag die eigentliche Bestellung einer Vormundschaft nur in seltenen Fällen nothwendig geworden oder geachtet sein. Daher wird in dem (§ 33 Anm. 4 S. 170) bereits erwähnten Falle des ältesten Resignationenbuches p. 125, 10 Jemandem das Erbe seiner Frau von ihren Freunden resignirt, ohne daß ihr ein Vormund beigeordnet, oder ihr Consens auch nur angemerkt wäre. Nur dann, wenn z. B. ein Grundstück den Kindern eigenthümlich zugeschrieben war, mag, besonders seit der Codification von 1270, auf die Bestellung eines Vormundes Bedacht genommen worden sein, wiewohl selbst dann die Förmlichkeit nicht anders beobachtet zu sein scheint, als falls man sie aus speciellen Gründen nöthig fand. Hierher gehört der bereits (§ 75 S. 322) erwähnte Fall im ältesten Resignationenbuche p. 93, 16, wo Jacob Ybinge, als Vormund der Kinder des Heinrich von Osterborg, ein Haus derselben verkauft, und sich zum Empfange des Kaufpreises bekennt.

Digitized by Google

Ueberhaupt war es bei uns das landrechtliche Princip, daß manchen Personen die selbstständige Vornahme gerichtlicher Handlungen versagt war, welches rechtliche Vorschriften herbeiführen mußte [2]). Selbst dies Princip war freilich namentlich in Hamburg sehr wenig beobachtet. Unverheirathete Frauenzimmer, welche weder den Schutz des elterlichen noch des ehelichen Mundiums hatten, genossen durch ihre Stellung bei uns eine Selbstständigkeit, daß man gar nicht darauf verfallen konnte, im Leben oder in der Gesetzgebung auf ihre Vertretung Bedacht zu nehmen. Ich möchte es diesem Umstande zuschreiben, daß ganz ersichtlich viele alte Ordele die Rücksicht auf sie ausser Acht lassen [3]). Auch ist es möglich, daß, grade weil bei uns die große Selbstständigkeit des weiblichen Geschlechts eigenthümlich war, sie sich so fest behauptete, und erst allmälig mit der Codification von 1270 Aenderungen eintraten. Daß aber bei uns ursprünglich das weibliche Geschlecht durchaus als unmündig, als eines Vormundes bedürftig angesehen worden, muß entschieden geläugnet werden. Allein eben weil bei uns die weibliche Selbstständigkeit erst allmälig und zwar durch besondere legislative Bestimmungen geschmälert wurde, so kann man das Ergebniß einzelner Ausnahmen, in denen nicht einmal ein durchgreifendes System anders als rein willkührlich zu ermitteln ist, nicht als eine Regel aufstellen und behandeln. Ein Gesichtspunkt, der noch speciell in der Lehre von der Geschlechtsvormundschaft und von der weiblichen Curatel (§. 108) näher erwogen zu werden verdient.

§. 99.

Unsere Statute.

Es scheint mir bei der Kürze unseres ältesten Statuts besonders hervorgehoben werden zu müssen, daß ein ganzes Stück

2) Daher vertrat der Deutsche Vormund seinen Mündel, während der Römische Tutor nur eine Ergänzung (auctoritas) der dem Kinde wegen seines zarten Alters mangelnden Selbstständigkeit war. Vgl. Zoepfl in der oben citirten Schrift S. 68 ff.

3) So mag vielleicht selbst die Fassung im Sachsenspiegel 1, 44, wo zuerst der Magd gedacht wird, aber doch eigentlich die Vorschrift nur auf Ehefrauen geht, zu erklären sein. Vgl. Kraut Vormundschaft 2, 425 ff.

Digitized by Google

von der Vormundschaft handelt, nämlich Stück 5 [1]). Also schon darin ist es von den Institutionen wesentlich verschieden, die dieses Verhältnisses nur ganz gelegentlich gedenken [2]).

Untersucht man nun vollends den Inhalt der sechs Ordele, aus denen es besteht, so bietet sich hier ein so ganz eigenthümliches, vom Römischen Recht so ganz abweichendes Recht dar, daß auch nur an eine ganz entfernte Aehnlichkeit mit dem fremden Recht der Gedanke völlig aufgegeben werden muß.

Zuvörderst fällt hier der wesentliche Gesichtspunkt der Vormundschaft auf, wodurch dieselbe mit dem Proceßmandat hat zusammengestellt werden können (§ 34). Auch sonst werden in unserem Ordelbuche Vormund und Vorspraken nicht scharf von einander getrennt (vgl. VI, 9. VI, 29, 3. IX, 25 ff.) [3]). Da Beide nur in dem Umstande gerichtlicher Vertretung zusammentreffen, so läßt sich diese für die Alt-Hamburgische Vormundschaft als der wesentlichste Zweck betrachten, und wenn man mit diesem Umstande ferner die Thatsache vergleicht, daß unser ältestes Resignationenbuch eine Menge Fälle enthält, wo namentlich Frauen ohne Vormund resigniren [4]), so darf man annehmen, daß man

---

1) Wie wichtig und genügend unsere Vorfahren diese Zusammenstellung gehalten haben müssen, ergiebt der Umstand, daß alle sechs Ordele in derselben Reihefolge 1292 O und 1497 D in einem Stücke zusammengeblieben sind.

2) Ueberhaupt habe ich mich mit der allerdings scharfsinnigen Hypothese Lappenbergs niemals befreunden können, welche er auch in der Einleitung zu den R. A. S. LXXXVI ff., und zwar dahin wieder aufgestellt hat, dem Redakteur dieses Ordelbuchs habe die Ordnung der Institutionen Justinians in der Erinnerung vorgeschwebt. Wenn unser Statut — und dies ist von mir schon häufig nachgewiesen worden — dem Bestreben seine Entstehung verdankt, dem Eindringen des fremden Rechts zu wehren: so wird es schon damit unglaublich, daß der Verfasser sich an die Ordnung desselben fremden Rechts angelehnt hätte. Geht man nun vollends materiell auf die Beispiele ein, welche Lappenberg für seine Hypothese angeführt hat, so muß man sie vollends aufgeben. Die meisten dieser Beispiele beweisen nichts weniger, als was sie sollen.

3) Vgl. meine Vortr. 1, 2, 465.

4) Vgl. oben § 75. 76, und Reimarus S. 444 zu Anm. 5 ff., und S. 445 zu Anm. 4.

Digitized by Google

bei uns zuerst in streitigen Gerichtshandlungen, in eigentlichen Gerichtshändeln die Vertretung durch einen Alters- oder Geschlechts-Vormund wird nöthig gehalten haben.

Das erste Ordel, welches sich ebenso 1292 O, 1 1497 D, 1 und Stad. IV, 1 (Puf. I app. p. 188) Rig. 52 (Puf. III app. p. 240) Lub. Cod. Hach. III, 289 findet, ward von mir schon in meinen Vortr. 1, 2, 465 Anm. 1 besprochen. Es lautet so:

> Rumpt een mynsche ofte twe vor dem rad vmme ene clage, vnde erer een ofte beyde voremunde keſet vor deme rade vppe de clage: vnde ſo we voremund wert vnde willekoret voremund to weſende, de ne mach de voremundeſchop nicht vpgeuen de wile dat de clage maret an beiden ſyden.

Es redet ganz allgemein von Vertretern, bedient sich freilich des Ausdrucks voremunde; allein es hindert nichts, dasselbe nicht, und sogar zunächst von Fürsprechern zu verstehen. Weder das Alter noch das Geschlecht des en minsche ofte twe werden bestimmt. Ueberhaupt wird der Ausdruck voremunde [5]) keineswegs blos für Vertreter von Unmündigen gebraucht, vgl. 1270 I, 12 i. A. (Vortr. 2, 2, 191), so wie denn in unserem Stücke sich auch das Ordel 6 findet, das ganz gewiß nur von Proceß-Mandataren handelt.

Wir finden in diesem Ordel die Quelle des heutigen Gebrauchs, einem Frauenzimmer einen curator ad litem zu bestellen. Ueberdies läßt sich es schon hier nicht verkennen, daß zu dem Begriffe eines eigentlichen Vormundes ursprünglich nicht die Bestellung für alle Angelegenheiten der unmündigen Person erforderlich war, daß ferner das Princip der Vormundschaft im Allgemeinen Freiwilligkeit war, daß die unmündige Person selbst die Wahl traf, daß diese Wahl aber vor dem Rathe [6]) geschehen mußte.

---

5) In einigen unserer Handschriften wird voremunder auch als Singular gebraucht. So auch IV, 6. V, 2, 3. Es scheint ausserdem dieser Sprachgebrauch nur noch im Lübischen Recht Cod. Brok. I, 23. 24 vorzukommen, vgl. Kraut Vormundsch. I, 3; ferner im Rigischen Ridderr. 49, vgl. Kraut I, 389, und Grimm R. A. S. 465 unbekannt zu sein. Merkwürdig ist es, daß die unstreitig alte Form im Bremerschen Codex nicht vorkommt.

6) Daß das Ordel nicht auf Gerichtshändel vor dem Rathe sich beschränken läßt, scheint mir unzweifelhaft.

Digitized by Google

Fragt man hingegen, wie kommt das Ordel hierher, an die Spitze der Lehre von der alten Vormundschaft, und warum fand man es nothwendig, besonders einzuschärfen, daß der Vormund, der einmal das Amt, und zwar, wie die Worte voremunde to wesende besagen, für immer und allgemein übernommen hatte, es nicht aufgeben könne, so lange die Klage daure: so wird man nur dann die richtige Antwort finden, wenn man sich die Alt-Deutschen Eigenthümlichkeiten des Verhältnisses deutlich macht. Es würde vor allen Dingen ein großer Irrthum sein, anzunehmen, das Princip des Römischen Rechts, es müsse der Mandatar das übernommene Geschäft ganz ausführen, werde hier anerkannt. Dazu hätte es keiner besonderen Vorschrift bedurft. Wenn gleichwohl das neueste Statut I, II, 1 sie nur für das Verhältniß des Procurators aufgenommen hat, und ausdrücklich hinzufügt „sonderlich wenn er den Krieg Rechtens befestigt hat": so sieht man, damals fand man in dem alten Ordel das Römische Princip, und machte somit einen Artikel, der ganz überflüssig ist.

Anders nach dem alten Gerichtsverfahren, wo der einmal Vorgeladene sich dem strengen Princip nach ohne Unterschied zwischen Civil- und Criminalsachen persönlich zu stellen hatte, so daß, wenn man einen Vertreter für ihn zuließ, man sich sicher stellen mußte, er werde bis zum Ende des Rechtsstreits bleiben, und sich nicht früher seiner Vertretung entziehen: eine Rücksicht, welche auch bei den Proceßbürgschaften (vgl. meine Vortr. 2, 2, 296 ff.) nicht aus der Acht gelassen werden darf.

Eben ferner weil hier die Vertretung im Allgemeinen dem Ordel zum Grunde gelegt wurde, mußte dasselbe so bestimmt aussprechen, daß der Vormund sich seinem Amte nicht vor beendigtem Processe entziehen dürfe, weil derzeit die Vormünder insgemein nur für einzelne Gerichtshandlungen bestellt worden sein mögen, und daher vielleicht die Willkühr, voremunde to wesende, nicht nothwendig von der Dauer des Amtes während des ganzen Rechtsstreits verstanden zu werden brauchte [7]).

7) Was der Auszug aus der Langenbeckischen Glosse in Lappenberg's Ausg. des Statuts von 1497 (S. 212 ff.) giebt, ist ganz unerheblich. Höchstens ist in sprachlicher Hinsicht zu bemerken, daß vormunder als Singular auch hier gebraucht wird.

Digitized by Google

§. 100.

Das Ordel V, 2 von 1270.

Das zweite Ordel dieſes Stückes lautet ſo:

So welk man voremunt wert wedewen ofte weſen, vnde vor ere gud raden wil, de ſchal dat gud beſitten mit eruc, dat he dat gud nicht argere al went he de voremundeſchop up gift. Vnde de nageſte vrunt is nageſt voremunt. Jt ne ſy alſo, dat en [1]) ere elderen by ereme leuende welken voremunt geuen edder beſcheden hebben, de ſchal to rechte voremunt weſen na Stadrechte [2]).

Jm Weſentlichen ebenſo 1292 O, 2. 1497 D, 2. Stad. IV, 2 (Puf. I app. p. 189, wo ſich nach den Worten nageſt voremunt der Zuſatz findet: it ſi rike oter arm ane wederſprake) Rig. 53 (Puf. III app. p. 241) Lub. Cod. Hach. III, 290, wo einige Handſchriften hinzufügen: vormunder werdt vnmundiger kindere, mit dem gude mach he nicht renten noch darmede kopslagen, idt en ſy dat de vormundere dat vp ſik wilkoren, dat ſe de kindere willen vöden vnde kleden. men he ſchal ere gud wyſſen mit liggenden grunden.)

Am wichtigſten ſind die Zuſätze unſerer neueren Statute. Da heißt es 1292 am Schluſſe des Ordels:

Vnde is dair reide goet, ſo ſcal he van hundert marken X marc gheven des iares. Vnde is id beneden hundert marken, ſo make men dat id drachlich ſi van der coſt weghenen. Vnde is id bouen hundert marc, ſo ſcal he nemen VII marc van coſt des iares. Vnde he ſcal rekenen in eine warue in dheme iare den urinden, al dhe wile dat he dat goet vnder ome heft.

Dafür 1497:

Vnde he ſcal reken yo ene werue in dem iare den frunden, de wyle dat he dat ghud vnder em heft. Denne

---

1) Dieſe Lesart der Bremerſchen Handſchrift, welche auch das Rigiſche Statut hat, iſt der Dativ des Plural, und der Vulgata eme vorzuziehen.

2) Die beiden letzten Worte hat nur der Bremerſche Codex. Man kann ſie aber wohl nicht als eine willkührliche Interpolation eines Abſchreibers betrachten, da wir ſchon ſonſt (§ 88) wiſſen, daß hier wirklich ein uns eigenthümliches Recht angeordnet wird.

Digitized by Google

schal me vor deme slate vnde ende der rekenschup des vormunders wyllen maken vor de kost, na mogenheyt der ghudere vnde gestaltenysse der personen, so dat he des blyve ane schaden.

Das Ordel handelt durcheinander von den Gründen und von den Wirkungen der Vormundschaft, und verdient besonders auch in der letzteren Hinsicht eine genauere Analyse, da selbst für die neuste historische Bearbeitung dieser Materie (vgl. Kraut I, 286 ff.) dadurch einige neue und richtigere Gesichtspunkte gewonnen werden dürften. In dieser Hinsicht enthält, wie es mir scheint, grade die obige Zusammenstellung der Zusätze zu unserem alten Ordel sehr bedeutende Winke. Ich betrachte alle diese Zusätze als jüngeren Ursprungs. Selbst der Stader Zusatz bestätigt das spätere Alter dieses Statuts [3]). Ursprünglich wird Niemand daran gezweifelt haben, daß der nächste Verwandte von Rechtswegen Vormund war, ohne Rücksicht auf seine Vermögensverhältnisse, und es mag sich anfänglich auch kein Widerspruch gegen die Uebernahme der Vormundschaft erhoben haben, so lange das Verwandtenrecht in seiner schönsten Bedeutung sich geltend machte (§ 32. 33). Um dies hier dabei vorwegzunehmen, es war auch das Princip, daß der nächste Freund zur Vormundschaft ohne Weiteres berufen sei, nicht etwa nichts Eigenthümliches. Mit Unrecht citirt Lappenberg S. 24 den Sachsenspiegel, der den ältesten Schwertmagen beruft, und darin vermuthlich das am meisten verbreitete Princip aufstellen mag [4]). Bei uns bildeten nicht etwa die Agnaten die eigentliche Familie, sondern der Begriff der Verwandtschaft war weiter und, wie wir gezeigt haben, unbestimmter. Der nächste Freund ward Vormund, wenn er auch zu den Cognaten gehörte, und keineswegs der älteste war, wiewohl es nichts Unnatürliches hat, anzunehmen, daß diesem die Sitte und Ehrfurcht ohne Weiteres den Vorzug einräumte.

Das Ordel behandelt ferner in seiner ursprünglichen Fassung, wie auch die Ueberschrift bestätigt, den gewöhnlichsten Fall, daß Jemand nur für ein einzelnes Verhältniß, für ein bestimmtes

3) Vgl. meine Vortr. 1, 2, 475 ff.

4) S. Kraut 1, 251 ff. Auch nach, freilich neuerem Lübischen Recht geht die Schwertseite der Spillseite vor, vgl. Kraut 1, 170.

Digitized by Google

Vermögen (Gut, vgl. meine Vortr. 2, 2, 201 Anm. 10) Vormund (gleichsam tutor ad hoc) wird (§ 98). Nur dann, wenn er für dies Gut rathen, wenn, wie die Ueberschrift sagt, er Vormund dieses Gutes sein, es also in seine Wehre nehmen will, soll er in einem Grundstück ein Pfand bestellen (vgl. meine Vortr. 2, 1, 166. 167) [5]), welches so lange dauert, bis (al wente) er die Vormundschaft niederlegt. Selbst der Ausdruck (vpgift) dürfte bezeichnend sein, weil er meine Ansicht bestätigt, daß er theils als freiwillig dies Verhältniß übernehmend angesehen wird, theils es auch von seinem Ermessen, nicht etwa von einem bestimmten Altersjahr abhängt, wann er den Mündel der Selbstständigkeit überläßt.

Dagegen ist es unstreitig eine spätere, vielleicht nur durch Römisches Recht eingeführte Beschränkung des Vormundes, wenn die Lübischen Handschriften es ihm ausdrücklich untersagen, mit dem Gute Zinsen zu machen oder Handel zu treiben, und wenn sie ferner die Pflicht der Alimentation des Mündels von der Willkühr des Vormundes abhängig machen. Jene Gewalt und diese Pflicht verstanden sich vielmehr ursprünglich wohl bei uns von selbst, und daraus mag sich ebenfalls wohl die Unverträglichkeit eines Dienstverhältnisses, die Nothwendigkeit eines selbstständigen Haushalts erklären (vgl. V, 4, s. oben § 89 u. unten § 101).

Weit älter als dies Lübische Recht ist offenbar der Zusatz zu unserem Statut von 1292, der den Versuch macht, gewisse Verhältnisse zwischen dem Vermögen des Mündels und dem Maaß der Alimente festzustellen. Wir sehen, daß dieser Versuch sich nicht bewährt haben muß, und 1497 aufgegeben ist, wo sogar schon das neue Princip sich anfängt Bahn zu brechen, daß der Vormund bei der Beköstigung keinen Schaden haben darf. Schwerlich ist von Anfang her hierauf Rücksicht genommen worden.

Auch die Pflicht, so lange der Vormund das Gut unter sich hat, den Freunden jährlich einmal Rechnung abzulegen, also ge-

5) Vgl. Kraut 1, 93, wo er von dieser älteren Sicherheitspflicht des Vormunds handelt. Daß überhaupt ursprünglich nur Ein Vormund gebräuchlich ist (vgl. Kraut 1, 193. 224 ff.), erklärt sich ebenfalls aus der Gleichstellung der Vertretung selbstständiger und nicht selbstständiger Personen.

Digitized by Google

wissermaaßen unter der Controlle der übrigen Verwandten zu stehen, betrachte ich als späteres Recht [6]).

Wollte man übrigens das Ordel auf Wittwen und Waisen beschränken, weil derselben im Anfange gedacht wird, oder wollte man daraus folgern, daß alle Wittwen und Waisen unter Vormundschaft gestanden hätten, daß man in Hinsicht der Ersteren auch bei uns die Wittwen für unmündig gehalten habe, und, weil sie aus dem ehelichen Mundium herausgetreten, sie nothwendig hätten in ein ähnliches Verhältniß gerathen müssen: so würde man Ansichten in das Ordel hineintragen, welche demselben fremd sind.

§ 101.

Die Ordele V, 3 und 4 von 1270.

Wegen des Ordels V, 3 darf auf dessen frühere Exegese (§ 36, 37 u. 38) Bezug genommen werden. Wenn Lappenberg auch hier den Sachsenspiegel I, 46. 2, 63, 1 als Quelle anführt (S. 24): so darf dies doch nur sehr uneigentlich gelten. Denn das Landrecht spricht nur von gerichtlichen Klagen, und umfaßt Mägde und Weiber, geht also theils weiter (vgl. § 98), theils nicht so weit als unser Ordel. Uebrigens ist hier noch zu erwähnen, daß in unserem Statut von 1292 die Worte pape noch wegradirt, und 1497 ganz weggeblieben sind, und nach den ähnlichen Beispielen solcher späterer Veränderungen des Statuts von 1292 läßt sich annehmen, auch diese gehöre dem funfzehnten Jahrhundert an. Nun meint Kraut I, 100. 101 dies daraus erklären zu können, daß an die Stelle des ursprünglichen Princips, wonach das Wesen der Vormundschaft in der gerichtlichen Vertretung bestanden, bereits das Princip, daß die Verwaltung aller Angelegenheiten des Mündels der Zweck, und die gerichtliche Vertretung nur die Wirkung der Vormundschaft sei, und zwar in Folge des Eindringens des Römischen Rechts, Platz genommen habe, daß aber dann bei solchen Personen, denen man Selbstständigkeit genug zutrauen konnte, die Vormundschaft ganz weggefallen sei. Diese Auffassung scheint mir unrichtig, weil das Ordel auf Verlassungen und Vergabungen ebenfalls ging, sich also nicht auf Gerichtshändel beschränkte, bei uns aber grade das weibliche Geschlecht früher eine Selbstständigkeit

6) Vgl. Kraut I, 92.

Digitized by Google

genoß, die demselben erst im Verlauf der Zeit, und zwar keineswegs in Folge des Einflusses des fremden Rechts geschmälert und endlich ganz entzogen wurde, überhaupt bei Kraut's Ansicht (vgl. § 38 Anm. 8) die Beibehaltung des Ordels an sich nicht wohl gerechtfertigt sein würde. Wenn die gelehrten Juristen späterhin die Vormundschaft über Kirchen und kirchliche Institute als ein besonderes Institut unter dem Namen von Vogtei, Advocatie, betrachteten, so läßt sich weder der gelehrte Einfluß bei unseren Statuten annehmen, noch daraus das Weglassen des pape erklären, wenn man nicht Geistliche und Kirchen identificirt.

Das Ordel V, 4 heißt so:

So we denet, steruet up ene een vormundeschop, he mot wol ute sines heren ofte siner vrouwen denste gan, vnde keren wedder dat he mer up genomen heuet denne he uppe de tyt vordenet heuet. Vnde heft he to clene up genomen, men schal eme to geuen alsо vele, alse uppe de tyt boret.

Fast ebenso Sachsenſp. 2, 33. [1]). Ferner wörtlich 1292 O, 4. 1497 D, 4. Stad. IV, 4 (Puf. I app. p. 189) Rig. 54 (Puf. III app. p. 241) Lub. Hach. III, 292.

Es fragt sich, warum wird der Fall an sich hier namhaft gemacht, warum ferner geschieht es in dieser Weise?

In ersterer Beziehung ließe sich wohl annehmen, daß hier das Princip, nur vollkommen Freien stehe eine Vormundschaft zu (Kraut I, 60 ff.), seinen Einfluß geäussert habe; allein dann würde noch nicht die Umständlichkeit erklärt sein, womit die Auseinandersetzung mit der Herrschaft regulirt wird, ferner findet sich in unserem Stadtrecht keine Beschränkung der vollkommensten Freiheit des Gesindes, und endlich würde es noch auffallen müssen, warum der Spiegler es angemessen erachtete, die Bestimmung nachträglich zu recipiren.

Mir scheint nicht aus der Acht gelassen werden zu dürfen, was § 100 über das ursprüngliche Verhältniß der Familie und speciell des zur Vormundschaft berufenen Mitgliedes derselben ermittelt worden ist. Die Nothwendigkeit eines eigenen Haus-

1) Hier erwiesenermaaßen ein späterer Zusatz, vgl. auch Lappenberg Einleitung p. LXIV.

Digitized by Google

halts zur Erziehung der Waisen, von denen hier offenbar nur die Rede ist, setzte den Knecht in die Lage, entweder die Vormundschaft ablehnen, oder das Dienstverhältniß aufgeben zu müssen. Man achtete damals das Familienrecht zu hoch, als daß dies hätte zurückstehen dürfen, und es mußte daher hier eine Bestimmung getroffen werden, welche die Auseinandersetzung des Dienstvertrages regulirte. Das Vormundschaftsverhältniß bedurfte solcher besonderer Vorschriften nicht. Es ist dabei bemerkenswerth, daß selbst der Fall, daß der Knecht mehr aufgenommen, also herauszugeben hatte, berücksichtigt ward, somit die Möglichkeit, daß er sich zum Antritt der Vormundschaft in Schulden versetzte, nicht ausgeschlossen blieb: was darauf hindeuten könnte, daß selbst die relative Beschränkung der Freiheit in dem Dienstverhältnisse doch immer bei unseren Vorfahren als etwas Gehässiges angesehen worden sein mag (vgl. § 17).

§ 102.

Die Ordele von 1270 V, 5 und 6.

Uebereinstimmend mit 1292 O, 5. 1497 D, 5 (hier mit einem, uns nicht weiter interessirenden Zusatze) Stad. IV, 5 (Puf. I app. p. 189) Rig. 55 (Puf. III app. p. 241) Lub. Cod. Hach. III, 293 lautet das Ordel V, 5 so:

> So welk man to vormunde koren wert vor deme rade, uppe welke sake dat sy, vnde so wat endeget wert mit deme voremunde, it sy mit rechte ofte mynnen ofte leve, dat blift al stede.

Hier begegnen wir wieder den Umständen, daß man seinen Vormund wählt (V, 3), daß dies vor dem Rathe geschieht (§ 37 und unten § 103. 104), und zwar für eine einzelne Sache (§ 98), so wie daß das Ordel von beiden Arten der Vertretung verstanden werden kann (§ 99). Aber was uns auffällt, ist, daß man für nothwendig erachtete, ausdrücklich zu bestimmen, was mit dem Vormunde geendigt werde, es sei im Wege des Processes oder eines Vergleiches, bleibe rechtlich wirksam, ja daß der Bremische Coder noch besonders hinzufügt, na stad rechte.

Es läßt sich dies nur aus der Ungewöhnlichkeit erklären, die es nach unserem alten Rechtsverfahren gehabt hat, nicht den Betheiligten persönlich vor Gericht verhandeln zu lassen, und fest-

Digitized by Google

zuhalten, bis seine Sache in einer oder der andern Art geschlichtet war, sondern einen Vertreter für ihn zu gestatten.

Ebenso erklärt es sich, daß man noch in einem ferneren Ordel dasselbe abermals einschärfte. Es ist das Ordel V, 6, dessen Parallelstellen ausser den bereits in meinen Vortr. 1, 2, 465 Anm. 1 citirten Stad. IV, 6. Rig. 56. Lub. Cod. Hach. III, 294 sind. Sein Inhalt hat für uns hier kein weiteres Interesse.

§ 103.

Der Rath.

Im Allgemeinen darf wegen des Germanischen Ursprungs der obrigkeitlichen Vormundschaft auf Kraut 1, 77 ff. Bezug genommen werden. Christliche Rücksichten mögen dahin gewirkt haben, die Pflicht, für die Vertretung der nicht selbstständigen Personen zu sorgen, als der königlichen Gewalt angehörig zu betrachten, nachdem das Familienrecht, dem ursprünglich diese Pflicht ausschließlich angehörte (§ 33), angefangen hatte, seine alleinige Geltung hier zu verlieren, und es üblich geworden war, in solchen Verhältnissen nicht Alles den Verwandten allein, sondern nur unter Zuziehung der Obrigkeit, zu überlassen (vgl. § 32). Seit sich unter Karl dem Großen die königliche Gewalt erweitert hatte, ward auch dieser Theil derselben durch die Beamten ausgeübt, und es läßt sich annehmen, daß auch bei uns ursprünglich der Graf durch seinen Vogt Obervormund war. Der Rath wird auch dieses Recht allmälig an sich gebracht haben, und so finden wir ihn bereits im Stadtrecht von 1270 im Besitz desselben. Daß es daselbst so ausdrücklich und wiederholt eingeschärft, daß selbst da die Zuziehung des Raths hervorgehoben wird, wo es nur auf das Interesse der nicht elternlosen Kinder ankam (IV, 6 vgl. § 90), dient zum Beweise, daß das Recht noch nicht lange im ausschließlichen Besitz des Raths gewesen sein mag. Wenn übrigens im Lübischen Rechte II, 101. III, 180 das Recht der Rathmänner von Lübeck, die Vormünder zu bestätigen ꝛc., als Kaiserrecht bezeichnet wird, so ist diese Vorschrift zu unverkennbar auf Römisches Recht gegründet, und somit will der Ausdruck auch wohl nur dieses sagen.

Aber ein wesentlicher Unterschied zwischen der Germanischen und Römischen Tutel besteht darin, daß jene auf dem Grundsatz

Digitized by Google

beruht, die Obrigkeit ist als Obervormund der eigentliche Vormund, und um so entschiedener diese seine Stellung, seitdem das Familienrecht mehr in den Hintergrund getreten ist. Sie hat also nicht das bloße Aufsichtsrecht [1]). Der Umstand hat auch seine praktische Bedeutung, weil deshalb bei uns die Obrigkeit den Consens supplirt, falls z. B. eine Weigerung, die Ehe zu genehmigen, eintritt [2]), während es bei den Römern heißt l. 17 D. de auct. tut. (26, 8): Si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum Praetor cogere, weshalb auch eine bekannte Streitfrage des Römischen Rechts, ob die Autorisation des Vormundes im Fall seiner Weigerung von der Obrigkeit supplirt werden könne, was mehrere Juristen bejahen, nach Römischem Rechte verneint werden muß, weil nach diesem Rechte die Obrigkeit nicht in das Amt des Vormunds eingreifen, sondern ihn nur zum Schadenersatz anstrengen oder absetzen kann. Nach unserer Revidirten Vormundschafts-Ordnung vom 15. Januar 1838 Art. 62 kann die Vormundschafts-Deputation zwar einen Vormund auch wider seinen Willen absetzen, aber nur in den dort angegebenen (Unfähigkeit, grobe Nachlässigkeit, Unredlichkeit), oder in analogen Fällen, also nicht in dem Falle, da der Vormund seinerseits ohne alles eigene Interesse überzeugt ist, zum Besten des Mündels seine Autorisation verweigern zu müssen, die Obrigkeit indessen diese Ueberzeugung nicht theilt.

§. 104.

Fortsetzung.

Noch ein anderer Unterschied ist hier zwischen dem Römischen und Germanischen Recht zu erwähnen. In den Reformirten Reichs-Polizei-Ordnungen von 1548 Tit. 31 § 2 und 1577 Tit. 32 § 2 müssen die Vormünder allemal obrigkeitlich bestätigt

---

1) Heineccius elem. iuris Germ. (Hal. 1736. 8) 1, 282 ff. Klefeker 4, 19. 147 ff. Hiernach dürfte Harder Beitr. S. 21 präciser ausgedrückt, und wohl auch Kraut 1, 88. 96 berichtigt werden müssen, der diesen Unterschied in eine spätere Zeit verlegt.

2) Klefeker 4, 19. In Rudorffs Recht der Vormundschaft 3 Bände 1832—1834 findet sich über die Frage nichts, ob die Obrigkeit den Consens des Vormundes ergänzen könne.

Digitized by Google

werden[1]). Auch hiervon weicht das Römische Recht ab, welches die Nothwendigkeit der Bestätigung nicht kennt. Daher nennen unsere Juristen diese Bestätigung confirmatio Germanica, und fanden den Grund derselben theils darin, daß der Richter erst die für das Beste der Unmündigen erforderlichen Maaßregeln ergreife, theils damit Dritte über die Person des wahren Vormundes nicht zweifelhaft sein möchten. Allein der Grund liegt darin, daß die Obrigkeit jetzt der eigentliche Vormund, die Vormundschaft nur ein von ihr übertragenes Amt ist. Darum bestätigt sie den Vormund, den sie aber darum nicht immer ernennt. In unseren alten Ordelen hat der Unmündige zwar das Recht sich seinen Vormund zu wählen V, 3 und 5, ebenso wie die Parthei im Processe ihren Vertreter V. 1 und 6; aber es mußte vor dem Rathe geschehen, worin sich die erste Spur der Bestätigung abseiten des Raths findet. Dahin gehören auch die Fälle der Ordele III, 7 und 8 (§ 93. 94).

§ 105.

Entstehung der Vormundschaft.

Es darf hier nicht befremden, daß wir Erscheinungen im Deutschen Recht begegnen, welche im Aeusserlichen denen des Römischen Rechts nicht unähnlich sind. So lassen sich auch bei uns schon in den ältesten Ordelen eine tutela testamentaria, legitima und dativa unterscheiden. Allein die Aehnlichkeit ist hier nur scheinbar.

Nach dem Ordel V, 2 geben die Eltern bei ihrem Leben den Vormund oder bescheiden ihn. Das Römische Recht leitete das Recht, den Vormund zu bestimmen, von der väterlichen Gewalt ab, und es war daher Regel, daß nur dem Vater und resp. dem Großvater in Ansehung der in seiner väterlichen Gewalt stehenden Kinder das Recht zustand. Die Fälle, wo das Römische Recht es der Mutter gestattete, oder nach l. 4 C. de testam. tut. (5, 28) der Richter die Bestätigung nicht zu versagen pflegte, sind im Römischen Rechte blosse Ausnahmen von der Regel[1]).

1) Klef. 4, 152. Statut von 1605 3, 6, 2 und 13.

1) So bekanntlich hebt Bynckershoek obs. iuris Rom. 2, 17 die scheinbare Antinomie, die Cujaz sogar zu einer Emendation des Rescripts l. 4 verleitet hatte.

Digitized by Google

Es war ferner unter anderen hier weniger in Betracht kommenden Bestimmungen nach Römischem Rechte ein Testament oder doch ein bestätigtes Codicill zur Ernennung erforderlich. Dagegen sind entweder die letztwilligen, besonders die reciproken Vergabungen der Eheleute (vgl. § 72) die ursprüngliche Form der von den Eltern angeordneten Vormundschaft gewesen, oder sie mußten sich auch sonst bei ihrem Leben mit Jemandem deshalb verständigt haben (vgl. Kraut 1, 202)[2].

Die gesetzliche Tutel richtete sich, vom älteren R. R. abgesehen, seit der Nov. 118 cap. 5 nach der Intestat-Erbfolge. Dies Princip ist in unserer topischen Gesetzgebung nirgends anerkannt. Das Ordel von 1270 V, 2 (§ 100) beruft zum Vormund den negesten vrund. Ebenso 1605 3, 6, 1: So von Geblüt die nächsten Freunde sein[3]. Die Revidirte Vormundschafts-Ordnung von 1838 Art. 8 beruft die nächsten Blutsfreunde von beiden Seiten.

Um so weniger kam namentlich nach unseren älteren Ordelen die Intestat-Succession dabei in Betracht, da den Verwandten ein Recht, für die Kinder nach dem Ableben eines der Eltern zu sorgen, selbst dann zustand, wenn von Erbgut oder Vermögen nicht die Rede sein konnte (§ 33)[4].

---

2) Im Widerspruch damit spricht das Lübische Recht Cod. Hach. I, 23. II, 97 III, 135 nur von dem Rechte des Vaters bei seinen Lebzeiten seinen Kindern Vormünder zu setzen, und Kraut 1, 207 weist nach, daß in Lübeck zuerst von Vormündern die Rede ist, die in Testamenten, und in Freiburg, Bremen u. Verden von solchen, die auf dem Siechbette angeordnet werden, wovon unser Ordel VI, 2 noch nichts zu wissen scheint. Im Lübischen Rechte scheint mir Römischer Einfluß unverkennbar. Von einem Testamente auch der Mutter redet unser Statut von 1605 3, 6, 1 und 2, und die Vormundschafts-Ordnung von 1838 Art. 5 von einer letztwilligen Verfügung der Eltern oder Großeltern.

3) Klefeker 4, 153.

4) Harder S. 19 versteht den Ausdruck V, 4, daß auf Jemanden die Vormundschaft verstirbt, von einer Intestat-Vererbung der Nachfolge in die gesetzliche Vormundschaft. Allein Göschen zum Goslarschen Statut S. 245 zu Anm. 6 läugnet mit Recht eine Vererbung der Altersvormundschaft. Der Ausdruck unseres Ordels besagt nur, daß durch den Todesfall (entweder der Eltern oder des früheren Vormundes) ein Anderer eintreten muß.

Digitized by Google

Daß aber mit einer gesetzlichen Vormundschaft die Wahl des Unmündigen unvereinbar gewesen, wie Harder S. 20 bei der Prüfung der Worte im Ordel V, 3: Vnde den voremunt schal he vor deme rade kesen (vgl. oben S. 187. 191 und 197) meint, läßt sich nicht zugeben. Theils bleiben noch viele Fälle, wo der zu Bevormundende wirklich unfähig zur eigenen Wahl war, theils kam es doch in den andern Fällen noch immer auf ihn an, ob er überall es erforderlich erachtete, einen Vertreter sich zu wählen. Im Statut von 1497 modificirte man durch einen besonderen Zusatz das Wahlrecht auf den Fall, daß keine gesetzliche oder von den Eltern bestimmte vorhanden waren[5]). Auch das Ordel V, 6, das einer Tochter mit ihrem Vormunde bei Lebzeiten eines ihrer Eltern gedenkt (vgl. § 90), statuirt den Fall, wo eine freie Wahl möglich war.

Die Dativ-Tutel wird in unseren ältesten Ordeln nicht speciell erwähnt, aber weder von unseren Juristen[6]) bestritten, noch zu bestreiten sein, da sie ganz nothwendig aus der Eigenschaft der Obervormundschaft (§ 103. 104) und aus dem Attribut der königlichen Gewalt folgt. Ebenso wenig scheint es mir zweifelhaft, daß diese Berufung erst eintrat, wenn die anderen beiden Arten fehlten, und die Selbstwahl nicht Statt fand.

Was die vertragmäßige Tutel betrifft, über welche, seitdem Stryk ihrer zuerst gedenkt, viel Streit erhoben ist, so kann ich mich hier kurzweg auf Kraut 1, 265 ff. beziehen. Sie ist nach Römischem Rechte unzulässig, nicht aber nach Deutschem, und mindestens in einem allgemeinen neueren Gewohnheitsrecht anerkannt. Ich habe schon vorhin bei der tutela testamentaria darauf hingewiesen, daß diese vielleicht ursprünglich bei uns wirklich eine pactitia gewesen sein dürfte.

---

5) Harder S. 21 scheint mir den Zusatz nicht richtig von den Vormündern zu verstehen, die entweder das Gesetz oder der Rath angeordnet habe. Dann würden die Fälle sich nicht gegenseitig ausschließen, da allemal die Bestätigung oder früher auch gewiß die Ernennung vor dem Rathe geschah.

6) Cropp Abh. 2, 462 Anm. 62. Harder S. 21. Kraut 1, 168 und 221 ff. Sie wird erst 1497 D, 3 a. E. ausdrücklich erwähnt, vgl. oben § 37.

Digitized by Google

§ 106.

Die verschiedenen Arten von Vormündern.

Auſſer der Alters- und Geſchlechts-Vormundſchaft kennen unſere alten Ordele keine eigentliche Vormundſchaft (d. h. wirklich Unmündiger oder Unfähiger). Es iſt ſonderbar, daß von der Vertretung Blödſinniger, Geiſteskranker, überhaupt Gebrechlicher (vgl. darüber Kraut 2, 191 ff.), Verſchwender (daſ. S. 210 ff.) und Abweſender (S. 217 ff.) nirgends eine Spur vorkommt. Im Falle von Verſchwendung trifft das Ordel III, 7, ſo wie auch III, 8 ganz eigenthümliche Anordnungen (§ 45. § 93). Der Anſicht, als ob eine cura prodigi ſich von ſelbſt verſtanden (Cropp Abh. 2, 492) muß entſchieden widerſprochen werden (§ 45. § 57 Anm. 3). Daß die Vorſchriften des Lübiſchen Rechts über byſorgher für Denjenigen, welcher ſy ſpildende ſyn gut ofte affſynnich Cod. Hach. III, 173, aus dem Römiſchen Recht geſchöpft ſind, geht aus Cod. Hach. II, 102. III, 180. 226. 227 recht klar hervor. Ebenſo hat bei uns erſt das Römiſche Recht auf dieſe Curatelen geführt, und es mag der Rath erſt ſpät, veranlaßt durch die Verwandten, darauf verfallen ſein, bei mündigen und freien Männern in ſolcher Art einzuſchreiten.

§ 107.

Wirkungen.

Daß unſere Vormundſchaft urſprünglich eine tutela fructuaria geweſen, ſcheint mir aus 1270 V, 4 (§ 101) hervorzugehen. Dies Ordel iſt meines Erachtens gar nicht anders zu verſtehen, als wenn man annimmt, daß das Mundium den Nießbrauch in einem ſolchen Falle involvirte. Es läßt ſich alſo partiell eine tutela fructuaria nicht in den älteſten Perioden unſerer Rechtsgeſchichte läugnen [1]). Aber der Vormund hatte allemal die Nutznießung des Guts, das er zu berathen, und deshalb in ſeine Gewehr genommen hatte (§ 100), nur weil er den Mündel alimentiren und erziehen mußte, nicht aber, wie Zoepfl S. 64 meint, ohne einen Grund dafür nachzuweiſen, als eine Art Vergütung der übernommenen Schutzpflicht.

1) A. M. Eichhorn Rechtsgeſch. 1, 402 zu Anm. b. Was Zoepfl Vergleichung S. 64 Anm. 13 zur Vermittelung zwiſchen Eichhorn und Heineccius ſagt, ſcheint mir nicht genügend.

Digitized by Google

Auch läßt sich die Stellung eines Vormundes bei uns ursprünglich nicht als ein Amt auffassen in dem Sinne, daß darum das weibliche Geschlecht als zu öffentlichen Aemtern unfähig in der Regel davon auszuschließen gewesen sei. Vielmehr war die Pflicht der Vertretung ein reines Familienverhältniß, und daß der Rath, der überall der eigentliche Vormund war (§ 103), dabei concurrirte, zog das Verhältniß nicht aus seinen Privatschranken heraus (§ 6).

§ 108.

Geschlechtsvormundschaft.

Wir haben uns in den bisherigen Erörterungen über die Selbstständigkeit des weiblichen Geschlechts bei uns genügend ausgesprochen (vgl. § 47 ff. 79), so daß es hier überflüssig ist, umständlich noch dabei zu verweilen. Unverheirathete Töchter haben unstreitig nach Anfang eines abgesonderten Haushalts, wenn dies in einzelnen Fällen vorkam, oder nach gänzlicher Abtheilung bei uns ursprünglich eine solche Selbstständigkeit genossen, daß nur in einzelnen Fällen das alte Herkommen oder die neuere Sitte eingeschritten sein mag. Vergabungen von Todeswegen waren dem weiblichen Geschlecht unbeschränkt gestattet, ohne daß es dabei der Zuziehung eines Vormundes bedurfte (IV, 4 vgl. § 6 u. 7). Die absolute Unfähigkeit dieses Geschlechts zu gerichtlichen Verhandlungen findet sich nirgends mit Entschiedenheit ausgesprochen, sondern in dem Ordelbuche von 1270 wird es nur für bestimmte Handlungen erklärt, wobei vielleicht die Rücksicht einwirkte, daß man eine solche absolute Unfähigkeitserklärung selbst für die weibliche Ehre verletzlich gehalten haben mochte (vgl. § 20). Was überdies das weibliche Geschlecht in allen Verhältnissen für den Haushalt, was Kauffrauen contrahirten (§ 66 ff.), mußte ohne Vormund rechtsbeständig erachtet werden, und selbst bei allen ihren sonstigen Rechtsgeschäften war ursprünglich durch die Abnahme des Oberkleides (§ 48) dem Gläubiger ein unbegränztes Recht verliehen, wenigstens allmälig sich sein Recht zu verschaffen. Grade hierin und in den daraus für das weibliche Geschlecht entstehenden Gefahren mag man im Verlauf der Zeit eine Veranlassung gefunden haben (s. § 6 u. öfter), allmälig die Selbstständigkeit des weiblichen Geschlechts einzuschränken, und endlich jedes, auch das unverheirathete Frauenzimmer einer Vormund-

Digitized by Google

schaft bei gewissen Handlungen zu unterwerfen. Aber der geschichtliche Verlauf, wie wir ihn bisher durchweg verfolgt haben, führt nothwendig dahin, alle solche Beschränkungen nur als Ausnahmen zu betrachten, und nicht etwa die Unmündigkeit des weiblichen Geschlechts als ein Princip aufzufassen. Wir würden dadurch zu Resultaten gelangen, welche selbst bei der Fassung, die die Vorschriften der älteren Statute in dem neuesten erlangt haben, unrichtig sind.

Digitized by Google

V.

Noch Einiges über vorsate.

Ein Schreiben an Herrn Professor Falck[1]). Im Mai 1848.

Nachdem ich in meinen Vorträgen über die Alt-Germanische Zurechnung (Vortr. Bd. I H. 2 S. 393 ff.) zuerst auf die Eigenthümlichkeiten der hauptsächlich im alten Hamburgischen und Lübischen Rechte vorkommenden, keineswegs mit dem neuen Vorsatz zu verwechselnden vorsate aufmerksam gemacht hatte, ist dieser Gegenstand auch von Lappenberg in s. Einl. zu den Hamb. R. A. S. I ff. besprochen worden. Allein es sind seiner Aufmerksamkeit meine Erörterungen entgangen, und so giebt er über den Gegenstand nur schwankende Mittheilungen, so aus denen man ein festeres Resultat nicht gewinnt. Er scheint unter vorsate einen erweislich beabsichtigten, und begonnenen, wenn gleich nicht vollendeten Friedensbruch, also, was wir in der modernen criminalistischen Sprache als Versuch eines Friedensbruches bezeichnen würden, insbesondere die Verletzung des Hausrechts, eine mit einer hohen Geldstrafe bedrohte Verletzung städtischer oder bürgerlicher Gerechtsame zu verstehen. Mittermaier in seiner vierzehnten Ausgabe zu Feuerbach's Lehrb. des Strafr. § 54 Note 1 S. 100 bemerkt: Das Wort Vorsatz in den Quellen des Mittelalters bezeichne nicht dolus, sondern ein eigenes Verbrechen, und beruft sich dabei auf mich.

Ausserdem haben Sie, mein verehrter Gönner und Freund, mir durch zwei Zuschriften eine freundliche Veranlassung gegeben, den Gegenstand weiter zu verfolgen.

---

1) Es ist hier zu bemerken, daß das Manuscript dieses Schreibens an meinen, seitdem verewigten Freund bereits im Mai 1848 zum Abdruck bereit gelegen hat.

Digitized by Google

Da erlaube ich mir denn

1) über die Etymologie des Wortes Ihre Erinnerung in einem gewiſſen Maaße mir zu Nutze zu machen. Vorſate iſt mit verſate (davon Satzung, vgl. meine Vortr. 2, 1, 130 ff.) und beſate zu vergleichen. Das ſate deutet auf eine Thätigkeit. So wie beſate urſprünglich auf eine Selbſthülfe hinweiſt, wodurch ſich Jemand des Gegenſtandes eines Andern bemächtigte (vgl. meine Vortr. 2, 1, 80 ff.), wie denn unſer Ordel von 1270 IX, 10 noch offenbar eine auſſergerichtliche beſate anerkennt (vgl. meine Vortr. 2, 2, 287 ff.), und ebenfalls das Satzrecht oder Beſatzungsrecht, die Abforderung einer Perſon (vgl. Runde Deutſches Privatr. § 545), die Anſprake, deren unſer Ordel von 1270 VII, 17 (vgl. meine Vortr. 2, 2, 180) gedenkt, keine gerichtliche Formen vorauszuſetzen nöthigt: ſo bezeichnete urſprünglich vorſate nicht etwa ein Verbrechen, nicht etwa ein Verſuchsverbrechen, ſondern eine Geſinnung, welche ſich in einer eigenmächtigen Thätigkeit beſtimmter Art äuſſert. Die Vorſchriften über vorſate beſtätigen meine Ermittelungen über die Alt-Deutſche Zurechnung, welche überhaupt nur in ſofern auf Abſicht oder Geſinnung Rückſicht nahm, als dieſe in rechtlich beſtimmten, äuſſerlichen Merkmalen erkennbar war. Vielleicht hängt hier Alles mit dem alten Gerichtsverfahren zuſammen, wobei man nicht mit Römiſcher Schärfe die Perſonen deſſelben auseinanderhalten darf, wie man das jetzt faſt mechaniſch gewohnt iſt, ſo daß man auch in den geſchichtlichen Nachforſchungen über Jury und Nemede zwiſchen Zeugen, Eideshelfern und ſogenannten iudices facti Unterſchiede vorausſetzt, welche wohl urſprünglich, wenigſtens nicht beſtimmt und ſcharf gedacht worden ſein mögen. Man beſchränkte ſich eben darum darauf, nur dann die innere Richtung des Handelnden zu berückſichtigen, wenn ſie in beſtimmt vorgeſchriebenen Merkmalen in die Auſſenwelt heraustrat, weil ihr Beweis, die Entſcheidung der Thatfrage nur dann möglich ſchien. So wurde eine vorſate nur in ſofern beſtraft, als ſie in beſtimmten Formen ſich erkennbar machte, und ich kann

2) hinſichtlich des Begriffs derſelben nur auf meine frühere Darſtellung verweiſen. Es wurde damit eine Geſinnung als an ſich ſtrafbar bezeichnet, die ſich in gewiſſen äuſſerlichen Merkmalen kund gab, abgeſehen davon, ob ſie in ein vollendetes oder

Digitized by Google

blos in ein versuchtes Verbrechen ausging. Der Kreis dieser Merkmale hat sich im Verlauf der Zeit erweitert, wie ich dies (Vortr. 1, 2, 394 ff.) zu zeigen versucht habe. Wer nach dem daselbst erwähnten Alt-Hamburgischen Ordel mit berademe mode ofte mit beladenen vrunden an die Wehre eines Andern ging, mußte beteren en ganez vorsat. Ich bin der Meinung, daß die Lesart ofte der andern vnde vorzuziehen ist. Vnde liest nur die Bremersche, keineswegs immer die ältesten Lesarten enthaltende, von Lappenberg aus blos äusseren Gründen überschätzte Handschrift, und Cod. Lub. Hach. III, 290, sonst keine Handschrift unseres Statuts von 1270, ferner nicht das Stader, nicht das Rigaer, noch unsere Statute von 1276, 1292 und 1497.

Das Dringen in eine fremde Wehr mit beladenen vrunden erinnert an die uralte Heimsuchung im engern Sinne, wo das Wort nur eine solche Verletzung des Hausrechts begreift, welche mit gesammeltem Gefolge geschehen war (vgl. Wilda Strafr. der Germanen S. 952 ff.), und die daher in den Dänischen Rechten mit dem Namen Heerwerk bezeichnet ward (vgl. Wilda S. 832 Anm. 1). Daß eine so manifestirte Gesinnung schon an sich nach unsern städtischen Rechten strafbar war, wenn sie sich in Schlägen ausließ, kann um so weniger auffallen. Aber es brauchte das Merkmal mit berademe mode nicht hinzuzukommen, da das Prämeditirte, das Vorsätzliche bereits hinreichend in der Zuziehung von Andern ausgesprochen erscheinen konnte. Vielmehr wenn hier das Absichtliche darin gefunden wurde, daß man mit dazu eingeladenen Freunden die fremde Wehr verletzte, so war das ein fernerer Fall der vorsate, wenn man dies nach sonstiger vorheriger Berathung that. Daß bei vorhergehenden bloßen Drohungen (ohne daß man mit einem Stock oder Waffen kam vgl. Lub. Hach. I, 122) ebenfalls eine solche strafbare vorsate angenommen wurde, was ich (Vortr. 1, 2, 397) als späteres Recht ansah, bestätigt auch schon das Dortmunder Stadtrecht § 16 (s. Wigand Gesch. von Corvay Bd. 1 Abth. 2 S. 209):

De minori iure nostro et poena illius.

Si quis burgensis noster stans vel sedens in aliquo loco minatur pomposis verbis alteri burgensi nostro audientibus duobus viris idoneis conci vibus nostris et minis praestitis malum ei intulerit, et minae quas prius fecerat, quae vulgo Vorsathe

Digitized by Google

dicuntur, per testes qui audierant probari poterunt, reus solvet derem marcas nostrae monetae et sex amas vini, quod teutonice ein vuoder wines nuncupatur. Eadem poena punitur, qui alium baculare praesumit.

3. Hinsichtlich der Strafe hat es zwar seine Richtigkeit, daß ein Vorsatz mit einem Fuder Weins von sechs Ohmen und zehn Mark Silber bestraft wird, vgl. ausser dem eben erwähnten Dortm. auch das Soester Stadtrecht Art. 23. Allein das mir von Ihnen gütigst mitgetheilte Erkenntniß von 1450 giebt mir Stoff für einige weitere Bemerkungen zu meiner früheren Darstellung. Es heißt, wie Sie erwähnen, in Asmus Bremers Kieler Chronik so:

> Des negesten rechtdages vor S. Johannesdaghe, do gaf Ordel an rechte Hinrik Lunde, van Wylken Beckers sónes weghen, deme he wrocht hadde III J. Blot und Blau dar he verbroken hefft XII pund (a pund 20 ß) und vor ene vorsate X marc sülvers vnd enen ortfall II J marc sülvers. Dar is em verwunden dat men ene schal paen over den vynckenblock vm des willen dat he dat geld nicht hadde, dar was over Bertold Wittorp Heytram.

Abgesehen von der Commutation der Geldstrafen, welche von der unsrigen abweicht, indem bei uns im Fall der Nichtzahlung auf Gefängniß und Stadtverweisung erkannt ward, so verstehe ich die Bestrafung dahin, daß der Verurtheilte für eine Wroge, welche nicht näher bezeichnet ist, 3½ ℔, für blot und blau XII ℔, außerdem für ene vorsate zehn Mark Silber, und endlich für einen ortfall zwei und ein halb Mark Silber bessern soll[1]).

Es scheint mir hier also die Geldstrafe zusammen in 15½ ℔ und 12½ Mark Silber bestanden zu haben. Ich bitte nicht zu übersehen, daß es heißt vnd vor ene vorsate.

Was ortfall bedeutet, ist schwer zu bestimmen. Vielleicht dasselbe, was in unserem Hamb. Ordel IX, 1 von 1270 sleit to den oren, oder was Lub. Cod. Hach. II, 145. III, 209 orslage und orslande heißt. Am wenigsten würde ich mich dazu entschließen können, unter ortfall den Fall eines Viertelvorsatzes zu

1) Von einer solchen Cumulation von Geldstrafen muß auch das Ordel 8 in Michelsens Lübecker Oberhof S. 92 verstanden werden.

Digitized by Google

verſtehen. Das ſcheint mir einem alten Ausdruck einen modernen Begriff unterlegen. Daß das Wort fall in dieſem Sinne derzeit gebraucht ſei, davon wüßte ich kein Beiſpiel. Zwar kommt der Ausdruck ein ganz vorſate vor (vgl. meine Vortr. 1, 2, 394). Allein ich möchte darum weder einen halben, noch viel weniger ein Viertheil, überhaupt keine Bruchtheilung annehmen, was ſich auch mit dem Begriff vorſate ſchwerlich dürfte vereinigen laſſen. Ein ganzer Vorſatz iſt wohl nur emphatiſch zu nehmen. Daß die verſchiedenen Beſtandtheile eines Verbrechens bei der Geldſtrafe für ſich taxirt werden, iſt dem Begriff der Alt-Germaniſchen Verbrechen-Concurrenz nichts Fremdes. Man betrachte nur z. B. unſer Hamb. Ordel XI, 1 von 1270, wo, wer mit berathenem Muthe oder mit geladenen Freunden einem Andern in die Wehre kommt und ihn dort ſchlägt, wenn er aus der Wehre entweicht, zuerſt einen ganzen vorſate, dann für den Hausfriedensbruch zehn Mark Silber, und endlich die Brüche dem Manne bezahlen ſoll.

Sie ſcheinen, mein werther Herr, bei Ihrer Auslegung des Erkenntniſſes von 1450 nicht genug in Anſchlag zu bringen, daß auch ſchon das „Blut und Blau" eine beſondere Strafe nach ſich zog. Unſer älteſtes Statut von 1270 IX, 1 u. 2 bedroht es mit drei Mark, das Lübiſche Cod. Hach. II, 145 III, 210 mit 60 Schillingen. Daß dies 1450 auf XII geſetzt iſt, kann ein Schreibfehler ſein. Wird dafür III geleſen, ſo kommen 60 Schillinge heraus. Die 3½ hat der Delinquent ohnehin gewrogt.

Die abſolute Beſtimmung der Strafe des Vorſatzes auf jene Summe hat bei einem genaueren Studium der Alt-Germaniſchen Zurechnung nichts Auffallendes. Man überließ eben dem richterlichen Ermeſſen keineswegs einen Spielraum, ſondern fand grade recht ſchroffe Vorſchriften angemeſſen oder doch unbedenklich. Dies ergiebt meine ganze Unterſuchung dieſer Lehre, ſowohl für das Civil- als für das Criminalrecht, vgl. meine Vortr. 1, 2, 354. 361. 362 ff. 371. 392. 413. 414. 425. 426.

Digitized by Google

VI.

Nachträgliche Bemerkungen zu dem Vortrage über das Servitutenrecht.

Das in diesem Bande S. 71 mitgetheilte Obergerichtliche Erkenntniß vom 4. Januar 1847 in der S. 61 genannten Niedergerichtlichen Sache ist vom Ober-Appellationsgerichte in Lübeck, an welches, was ich nicht wußte, als ich im Jahre 1848 meinen Vortrag zum Druck zubereitete, die Sache durch beklagtische Appellation gelangt war, am 11. Juli 1850 bestätigt worden. Wenn in den Motiven zu diesem Urtheil aber gesagt wird, ich hätte mich dagegen erklärt, daß der Grundsatz prior tempore potior iure in Hamburg zur Anwendung gebracht werden dürfe, so wird man dies bei einer genaueren Prüfung in meiner obigen Erörterung S. 69 ff. nicht finden können. Ich habe nur den Umfang nicht anerkannt, welcher diesem Grundsatze in dem Niedergerichtlichen Präjudicate eingeräumt wird, und muß auch noch jetzt dabei verharren, daß der Grundsatz keineswegs unbeschränkte Anwendung, namentlich nicht in unserem Rechte finden kann. Die erwähnten Entscheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts gehen wohl zu weit, wenn sie jenen Grundsatz als einen allgemeinen, dem natürlichen Rechtsgefühl entsprechenden angesehen wissen wollen. Das Rechtsverhältniß muß bei beiden Concurrenten in allen übrigen Beziehungen, ausser den zeitlichen, völlig gleich sein, wenn der Grundsatz als ein allgemeiner, sich von selbst verstehender gelten soll, der einer positiven Bestätigung nicht bedarf. Was diese letztere betrifft, so haben die fraglichen Motive freilich nachgewiesen, daß der Grundsatz in c. 54 de regulis iuris in 6to als solcher anerkannt, und in einer Menge von Anwendungen im Römischen Rechte, ganz besonders auch bei dinglichen Rechten, und hier wiederum namentlich bei Pfandrechten und Real-Servituten,

Digitized by Google

bei Colliſionen zwiſchen einem Nießbrauch und einer Real-Servitut, zwiſchen Nießbrauch und Pfandrecht befolgt werde. Allein es iſt darum noch nicht nachgewieſen, daß er auch nothwendig ohne Weiteres dieſe allgemeine Geltung in unſerem oder in irgend einem andern Partikular-Rechte haben muß, wenn man auch davon abſehen wollte, daß in den angeführten Concurrenzfällen zwiſchen den Rechten doch nur ein ſpecifiſcher Unterſchied zu finden ſein dürfte. Ueberhaupt ſcheint es bedenklich, die ſubſidiäre Kraft des gemeinen Rechts dahin auszudehnen, daß nun darum auch alle allgemeinen Principien deſſelben in einem Partikular-Recht unbedingte Anwendung finden müſſen, zumal wenn es, wie in dem Epilog unſeres neueſten Statuts, ausdrücklich geſagt wird, daß nur „die Fälle, welche in dem Stadtrecht nicht ſpecificirt oder davon disponirt und Verordnung gethan, nach gemeinen beſchriebenen Kaiſerlichen Rechten und denen im Heiligen Römiſchen Reich publicirten Conſtitutionen erörtert werden ſollen", was gewiß nicht die unbedingte Anwendung eines jeden allgemeinen Grundſatzes dieſer Rechte in ſich ſchließt. Ich beziehe mich wegen weiterer Entwickelung dieſer meiner Anſicht auf einen Excurs zu meinen nächſtens im Druck erſcheinenden Vorträgen über Erbrecht.

Wenn ich nun, um zu beweiſen, daß in unſerem topiſchen Recht bei Realrechten keineswegs unbedingt die Zeit der Beſtallung oder Erlangung an ſich ihren gegenſeitigen Vorzug beſtimmt, jenes Princip des gemeinen Rechts bei uns alſo nicht unbeſchränkte Anwendung findet, mich auf den Artikel 2, 5, 1 des neuſten Statuts bezogen habe: ſo ſpricht dieſer es beſtimmt aus, daß ingroſſirte Hypotheken allen anderen vorgezogen werden ſollen. Hier iſt es doch unzweifelhaft, daß nicht dem Alter, ſondern einem ganz anderen Umſtande die Wirkung der Priorität beigelegt wird. Mag immerhin unter den „vor dem Rath verlaſſenen und in das Stadtbuch verzeichneten" Verpfändungen die Zeit den gegenſeitigen Vorrang beſtimmen, und daſſelbe Princip auch in den von den Motiven erwähnten Artikeln 2, 5, 13 und 14 des neuſten Statuts für Pfandrechte anerkannt werden; ſo beweiſt dies doch nicht die Allgemeinheit des obigen Grundſatzes, und widerlegt nicht die dieſſeitige Anſicht, daß er in ſeiner Allgemeinheit bei uns nicht angewandt werden darf, da das Argument aus 2, 5, 1 damit nicht beſeitigt iſt.

Digitized by Google

Ebensowenig dürfte Dasjenige genügen, was die Entscheidungsgründe meinem Argument aus der Neuen Falliten-Ordnung entgegengehalten haben. Denn wenn unbestreitbar bei den Bestimmungen dieses Gesetzes von der Rücksicht auf den Credit ausgegangen ist: so beweist dies ja grade, was bewiesen werden sollte, nämlich, daß keineswegs der gemeinrechtliche Grundsatz in seiner Abstractheit adoptirt ist, sondern daß man seine Anwendung höheren Rücksichten, namentlich denen des Credits, untergeordnet hat, und dieser Gesichtspunkt hat auf den erwähnten Vorzug, den der Artikel 2, 5, 1 des Statuts nicht dem Alter, sondern der Ingrossirung der Hypotheken beilegt, ebenfalls seinen Einfluß ausgeübt.

Am meisten trifft der Vorwurf des Misverständnisses Dasjenige, was die Motive gegen das diesseitige Argument aus dem Artikel 1, 17, 11 des neusten Statuts vorgebracht haben. Denn nicht der Grundsatz, daß bei dem Eintritt eines Concurses die Wirksamkeit der Partikular-Arreste aufhört, kam bei diesem meinem Argumente in Betracht, sondern der Grundsatz, daß selbst ohne ein Concursverfahren, und wenn es sich lediglich um das Verhältniß der Arrest-Impetranten zu einander ausserhalb des Concurses handelt, die Priorität nicht entscheidet, sondern alle gleichgestellt sind, „sowohl die letzten als die ersten", daß also auch in dem Falle, wo die Partikular-Arreste nicht cessiren, sondern ihre volle selbstständige Wirksamkeit ausüben, die Priorität in der Zeit keinen Vorzug verleihen soll. Dieser Grundsatz ist es aber, welcher mit der allgemeinen Anwendbarkeit des gedachten gemeinrechtlichen Princips im unläugbaren Widerspruch steht. Die Gleichheit unter den Arrest-Impetranten ist noch heutiges Tages bei uns anerkannten Rechtens, sie ist unserem Rechte in so fern eigenthümlich, als der Artikel 11 in dieser Beziehung auf dem Statut von 1497 steht, und freilich mit dem alten Lübischen Recht und dem Revidirten Lübischen Recht 5, 12, 8 übereinstimmt, allein keineswegs aus einer andern älteren Rechtsquelle, oder gar aus dem gemeinen Concursrechte hergeleitet werden kann, will man nicht in unsere Rechtsgeschichte eine willkührliche Hypothese hineintragen.

Selbst aber wenn auch andere Partikularrechte jene Gleichheit unter Arrest-Impetranten anerkennen sollten, so würde daraus

Digitized by Google

nichts gegen das diesseitige Argument folgen, welches nur die Generalisirung der Anwendbarkeit des rechtlichen Vorzugs durch die bloße Zeit bei uns verhüten, nicht aber grade in dieser Hinsicht unser Recht als ein eigenthümliches und ausschließliches darstellen will. Auch ließe sich sagen, je mehr Uebereinstimmung den verschiedenen Partikularrechten in diesem Punkte nachzuweisen wäre, desto weniger würde man Ursache haben, die gemeinrechtliche Gültigkeit des Römischen Rechtssatzes anzuerkennen.

Ein Gegengrund gegen meine Ansicht wird in den erwähnten Entscheidungsgründen aus dem Artikel 2, 9, 13 des neusten Statuts entlehnt, weil das dort dem Miether eingeräumte Recht, welches bei uns einen dinglichen Charakter habe, auch dem später inscribirten Pfandgläubiger gegenüber geschützt werden soll. Es wird in dieser Bestimmung ein Beleg dafür gefunden, „daß das Statut auch bei der Collision mehrerer Inhaber verschiedenartiger Berechtigungen dem ältern Rechte den Vorzug eingeräumt wissen will". Allein dieses Argument dürfte ebenfalls nicht Dasjenige, und vielleicht gar das Gegentheil von Demjenigen beweisen, was es hier beweisen soll. Denn wirft man die Frage auf, warum fand man es nothwendig, diese Bestimmung in das neuste Statut aufzunehmen, so würde man antworten müssen, daß sie sich als überflüssig ausweise, wenn man dabei davon ausgegangen wäre, dem hier gemeinten Grundsatz des gemeinen Rechts eine unbegränzte Anwendbarkeit zu verschaffen. Wenigstens aber läßt sich der Grund des Vorzugs, welchen die Vorschrift dem Miethsmanne zugesteht, eben so sehr in einem andern Umstande erkennen, als in der Zeit. Man wird sagen können, es war für Denjenigen, der sich in einem bereits bewohnten Grundstück eine Hypothek einschreiben ließ, Pflicht, da er es bewohnt sah, sich nach den dem Miether eingeräumten Befugnissen zu erkundigen. Nicht weil dem Miether früher Rechte beigelegt waren, sondern weil es anzunehmen ist, daß der spätere Pfandgläubiger diese kannte und anerkannte, weil hier also ganz dasselbe Princip zur Geltung kommt, welches den erkennbaren und nothwendigen Servituten vor allen anderen Realrechten den Vorrang sichert, läßt der Artikel 13 dem Miether den Vorrang.

Digitized by Google

Druckfehler und Berichtigungen.

Seite 35 Z. 17 lies unsere Vorfahren für sie.
„ 38 § 3 Z. 7 für allen lies alten.
„ 58 erste Anm. in der letzten Zeile für richtige lies ruhige.
„ 65 in der Mitte lies im Concurse.
„ 75 muß zu I, 12 1270 § 32 hinzugefügt, und bei I, 20 ausgestrichen werden.
Das. zu 1270 V, 7 § 63 statt § 62.
„ 76 zu VII, 17 streiche § 21 weg.
„ 112 Z. 2 von unten lies achtzehnten statt siebzehnten.
„ 131 für VII, 17 lies VII, 18.
„ 158 letzte Zeile lies vredelos.
Das. Z. 15 von unten lies Verfestung statt Verfassung.
„ 164 lies Sachenrecht für Sachsenrecht.
„ 165 in der Mitte lies I, 12 für I, 20.
„ 176 Anm. Z. 3 für wenn für lies wenn man für.
„ 266 Z. 6 von unten fehlt bemerkt.
„ 281 Z. 13 von unten ist herstammen hinzuzusetzen.
„ 283 Z. 6 von oben lies III für II.
„ 293 Z. 11 von oben lies Antematrimonial.
„ 303 Z. 9 von unten für seine lies freie.
„ 311 Z. 4 von oben für Q, 1 lies K, 1.

Digitized by Google

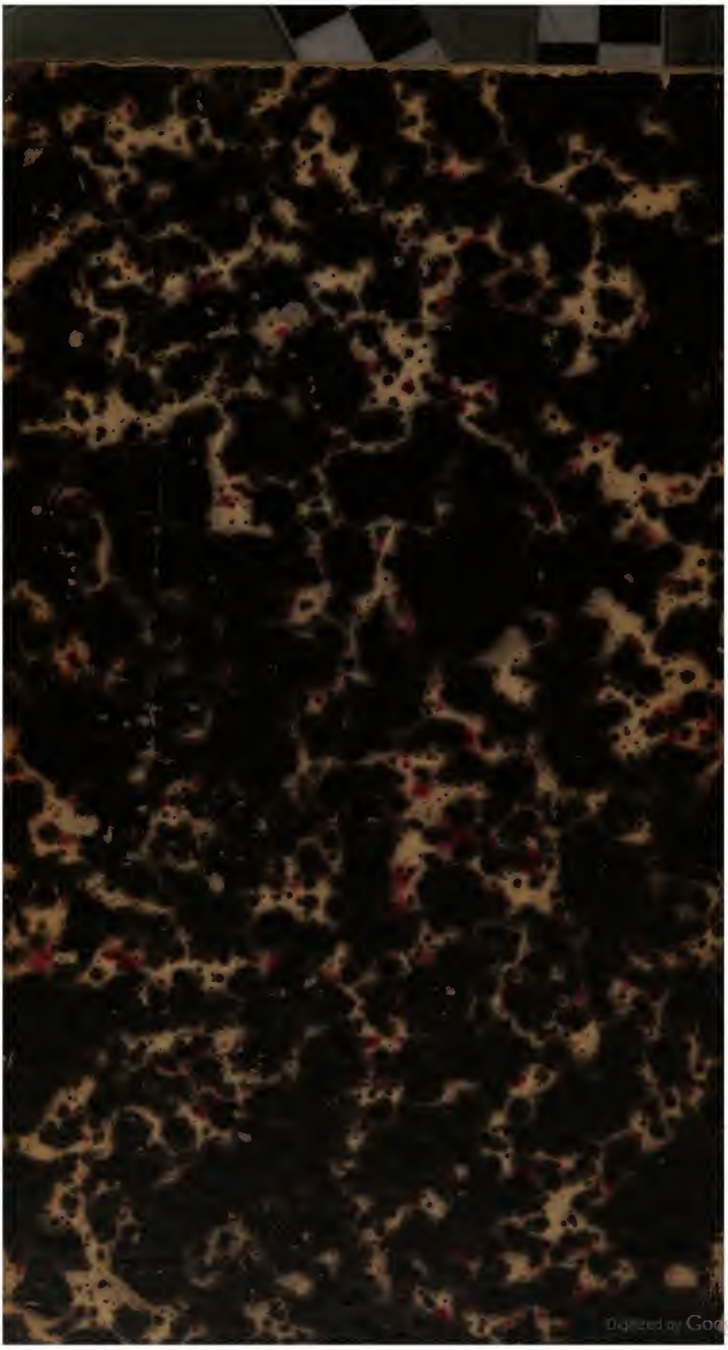
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google